

Münster 1958
Rolf Münch

**DIE PRAEVARICATION IM
STRAFGESETZBUCH**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554807_0060

Die Praevarication im Strafgesetzbuch.

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechten
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Rolf Münch
aus Bremen

Bremen
1958



1. Berichterstatter

Prof.Dr. iur. Karl Peters

2. Berichterstatter

Prof.Dr. iur. Arthur Wegner

3. Dekan der rechts- u. staatswissenschaftlichen
Fakultät

Prof.Dr. iur. Predöhl

Tag der mündlichen Prüfung:

15. Juli 1958

Herrn Rechtsanwalt und Notar

Dr. iur. Max Hogrefe, Bremen

freundlichst zugeeignet.

Inhaltsangabe.Seiten

Einführung	1 -	3
1. Abschnitt		
Geschichtlicher Teil	3 -	12
2. Abschnitt		
Grundsätzliches zur Auslegung des Tatbestandes des § 356 StGB insbesondere zur Frage des geschützten Rechtsguts	12 -	30
3. Abschnitt		
Der objective Tatbestand		
I. Der Täterkreis		
A) Allgemeines	31 -	32
B) Der Anwalt	32	
C) Die anderen Rechtsbeistände	32	
1) Berufsgruppen		
a) Patentanwälte	33 -	36
b) Rechtsbeistände im Sinne des Rechtsberatungsmißbrauchgesetzes vom 15.VII.1935	36 -	40
2) Die Societät	40 -	41
3) Im Probendienst und in der Ausbildung befindliche Rechtskundige und juristische Hilfsarbeiter		
a) Probe- und Anwaltsassessoren	41 -	42
b) Referendare		
aa) als Substitute der Anwälte	42	
bb) als Verteidiger gemäß § 139 StPO	42 -	43
c) Juristische Hilfsarbeiter	43 -	44
4) Ausländische Anwälte	44 -	45
5) Beamte		
a) Allgemeines	46 -	47
b) Rechtslehreran deutschen Hochschulen	47	
c) Justitiare und Verwaltungsrechtswesen	48	
d) Justizbeamte und Referendare gemäß § 116 ZPO und § 142 StPO	48 -	49
e) Notare	49 -	51
f) Syndici	51	
g) Richter und Staatsanwälte	52	
h) Personen gemäß § 138 II StPO	52	
6) Freie Berufe mit gelegentlicher Rechtsbeistandschaft	52 -	54
7) Beistände	54	
8) Amtsträger	55	
9) Vertreter von Interessengruppen	55	
10) Rechtsgutachter	55	
11) Prozeßbevollmächtigte	56	
II. Die strafbare Handlung		
A) Allgemeines	56	
B) Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Absatz I		
1) "vermöge seiner amtlichen Eigenschaft"	57 -	60
2) "bei den ... anvertrauten Angelegenheiten"		
a) Auslegung des Merkmals	60 -	61
b) Der Beginn der Praevaricationshandlung	61 -	67

	<u>Seiten</u>
c) Das Ende der Praevarications- möglichkeit	67 - 69
3) u. 4) "in derselben Rechtssache beiden Parteien"	
Selbständigkeit und Unselbständig- keit der beiden Begriffe	69 - 72
zu 3) "beiden Parteien"	
a) Der Begriff als solcher	
aa) Systematische Entwicklung	72 - 75
bb) Die Rechtslehre zum Parteien- begriff	75 - 79
cc) Auslegung des Begriffs "beiden Parteien" im einzelnen	
α) Grundlagen des Parteibegriffs	79 - 91
β) Der eigentliche Interessen- gegensatz	
αα) Das zu vertretende und vertre- tene Interesse als Grundlage des Interessengegensatzes	91 - 93
ββ) Gemeinsames Interesse und In- teressengegensatz	93 - 112
γγ) Inhalt und Umfang der anver- trauten Interessen und Ziel als Grundlage für die Prüfung des Interessengegensatzes	113 - 130
zu 4) "in derselben Rechtssache"	
a) Begriffsentwicklung	130 - 133
b) "Rechtssache" und "dieselbe Rechts- sache" in der Rechtsprechung der oberen Gerichte	133 - 142
c) Die Rechtslehre zum Begriff "dersel- ben Rechtssache"	
aa) Allgemeines	142 - 150
bb) Typische Ausgangslagen für die Rechtssachenidentität	
α) Einheit und Mehrheit der Rechts- sachen	150 - 151
β) Ansprüche aus einem Rechtsver- hältnis	
αα) Im allgemeinen	151 - 157
ββ) Die Ehe und Verlöbniß als be- sondere Rechtsverhältnisse	157 - 161
γγ) Dasselbe historische Ereignis	161 - 167
δ) Beschränkung des rechtlichen Interesses	167 - 169
ξ) Erledigung der Rechtssache	169 - 170
d) Zusammenfassung der verschiedenen Auffassungen über die Auslegung des Begriffs "derselben Rechtssache"	171
5) "pflichtwidrig"	171 - 186
6) "durch Rat oder Beistand dient"	
a) Dienen durch positives Tun	186 - 193
b) Dienen durch Unterlassen	193 - 199
C) Die Kollusion	
1) Allgemeines	200 - 201
2) "im Einverständnis mit der Gegenpartei"	201 - 203
3) "zum Nachteil seiner Partei"	203 - 206

	<u>Seiten</u>
4. Abschnitt	
Der subjective Tatbestand	
- Vorsatz und Tatbestandsirrtum -	
I) Allgemeines	206 - 210
II) Der Vorsatz innerhalb des § 356 BGB	210 - 214
III) Der den Vorsatz ausschliessende Irrtum	214
A) Die Auffassung des Reichsgerichts	
1) Der Irrtum über ein Tatbestands-	
merkmal	214 - 217
2) Der Irrtum über einen Rechtferti-	
gungsgrund	218 - 220
B) Der Tatbestandsirrtum bezüglich § 356	
in der Rechtsprechung des BGH und	
in der Rechtslehre	220 - 224
5. Abschnitt	
Die Rechtswidrigkeit und die Rechtfertigungs-	
male.	
I) Grundsätzliches zur Einwilligung als	
Rechtfertigungsgrund im Bereich des	
§ 356 StGB.	224 - 237
II) Die Voraussetzungen der wirksamen	
Einwilligung im einzelnen	237 - 239
6. Abschnitt	
Die Schuld insbesondere das Unrechtsbewußt-	
sein mit seiner Kehrseite, dem Verbotsirrtum	
I) Allgemeines	239 - 241
II) Der Verbotsirrtum im Rahmen des § 356	
StGB	242 - 249
7. Abschnitt	
Einheit und Mehrheit des Delikts	249 - 251
8. Abschnitt	
Der Versuch des § 356 II StGB	251 - 253
9. Abschnitt	
Teilnehmer des § 356 StGB	253 - 255
10. Abschnitt	
Konkurrenzen mit anderen Strafnormen	255 - 256
11. Abschnitt	
Das Strafmaß	256 - 257
12. Abschnitt	
Ausblick auf die künftige Gestaltung des	
§ 356 StGB	257

Literaturverzeichnis

- | | |
|--|---|
| Alciatus | De verborum significatione. Lugduni 1548 |
| Allfeld, Philipp
(Meyer) | Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.
Allgemeiner Teil 9. Aufl. Leipzig 1934 |
| Aschrott-Kohlrausch
(Alsberg)
(Kadecka) | Reform des Strafrechts. Abschnitt 2
Die Schuld. Berlin u. Leipzig 1929
Abschnitt 11 bis 13 |
| Bartolus | Lectura super secundam partem Digestorum
Venetiis 1478 |
| Becker, Max | Die Untreue des Rechtsbeistandes.
Diss. Marburg. Kassel 1910 |
| Berner, Albert-Friedrich | Lehrbuch des Deutschen Strafrechts
18. Auflage Leipzig 1898 |
| Beseler, Georg | Kommentar über das Strafgesetzbuch für
die preussischen Staaten. Nach amtlichen
Quellen. Leipzig 1851 |
| Binding, Karl | Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts.
Bes. Teil. II. Band 2. Abteilung
Leipzig 1905 |
| Bindokat | "Irrungen und Wirrungen in der Rechtsprechung
über den Verbotsirrtum" in
JZ 1953 749 |
| Boedicker, H. | Probleme des Parteiverrats. Nichtveröffentliche
Abhandlung 1954 für den
Strafrechtsausschuss der Deutschen
Rechtsanwaltskammern |
| Boehmer | Commentarius in CCC. Magdeburg und
Halle 1770 |
| Busch, Richard | "Ueber die Abgrenzung von Tatbestands-
und Verbotsirrtum" in Festschrift für
Edmund Mezger zum 70. Geburtstag.
München und Berlin 1954 |
| Carpzow, Benedikt | Opus decisionum. Leipzig 1670
Practica nova imperialis Saxonica rerum
criminalium. Wittenberg 1638
Libri VI responsorum juris electoralium
Leipzig 1642 |
| Clasen | Commentarius in CCC. Frankfurt und
Leipzig 1693 |
| Cüppers, Josef | "Parteiverrat" in NJW 1947 S. 4 ff |
| Dalcke, A.
(Fuhrmann, Ernst und
Schäfer, Karl) | Strafrecht und Strafverfahren.
36. Auflage Berlin 1955 |

- Decker, Friedrich Der Parteiverrat des Rechtsanwalts.
Diss. München 1942
- Denkschrift des Deutschen Anwaltsvereins zum Entwurf eines Strafgesetzbuches in JW 1929 S. 985 ff
- Dreher-Maassen,
Eduard-Hermann Strafgesetzbuch. 2. Auflage
München und Berlin 1936
- Ebermeyer-Lobe-Rosen-
berg Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar (LK) 7. Auflage Berlin 1954
1. Band Einleitung und §§ 1-152 StGB
8. Auflage Berlin 1957
- Ebner, Friedrich Die Praevarication der Rechtsbeistände.
Diss. Heidelberg 1913
- Edelmann, Karl Die Praevarication der Rechtsbeistände.
Diss. Leipzig 1929
- von Feuerbach, Anselm
(Mittermaier) Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 14. Ausgabe Gießen 1847
- Finger, Richard Die Kunst des Rechtsanwalts. 3. Auflage
Berlin 1926
- Fraeb, Walter Beitrag zur Lehre von dem Parteibegriff und der Parteivertretung im modernen Strafverfahren. Diss. Hanau 1905
- Frank, Reinhard Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Auflage Tübingen 1931
- Friedlaender, Adolf
und Max Kommentar zur Rechtsanwaltsordnung. 3. Auflage München und Berlin und Leipzig 1930
- Fries, Werner Doppelvertretung und Kollusion (Parteiverrat) des § 356 des Strafgesetzbuches. Diss. Erlangen 1952
- Früh, Paul Die strafbaren Pflichtverletzungen des Rechtsanwalts gegenüber seinem Klienten; in "Züricher Beiträge zur Rechtswissenschaft" Band 33 Aarau 1910
- Geppert, Otto Der strafrechtliche Parteiverrat.
Diss. Göttingen 1956
- Gerland, Heinrich Deutsches Reichsstrafrecht. 2. Auflage
Berlin und Leipzig 1932; in "Grundrisse der Rechtswissenschaft"
- Gnodtke, Günter Der Parteiverrat in den Deutschen Strafgesetzentwürfen verglichen mit dem geltenden Recht. Diss. Erlangen 1934
- Goeke, Karl Strafgesetzbuch. 1. bis 4. Auflage
Münster 1948

- Coltdammer Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten nach den amtlichen Quellen und in einem Kommentar erläutert. Teil II Berlin 1852
- Hälschner, Hugo Das gemeine deutsche Strafrecht. 2. Band 2. Abteilung Bonn 1887
- Haferland, Fritz Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verteidigers. Diss. Leipzig. Berlin 1929
- Hahn, C. Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 3. Auflage Breslau 1877
- Hartung, Fritz "Irrtum über negative Tatumstände" in NJW 1951. Seite 209 ff
- Heffter, August und Wilhelm Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts mit Rücksicht auf ältere und neuere Landesrechte. 6. Auflage Braunschweig 1857.
- Henke, Eduard Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. 3. Teil Berlin und Stettin 1830
- Henkel, Heinrich Das deutsche Strafverfahren Hamburg 1943
- von Hippel, Robert Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1932
- Hogrefe, Max Parteiverrat. - Gutachten für die Strafrechtskommission der Deutschen Rechtsanwaltskammern 1954
Referat zur Neugestaltung des § 356 StGB (geschichtlicher Teil) erstattet für den Strafrechtsausschuß der Deutschen Rechtsanwaltskammern Dezember 1954
- von Holtzendorff, Fr. (Meves) Handbuch des Deutschen Strafrechts 3. Band Berlin 1874
- Homann, Werner Von den Anwaltsdelikten und ihrer Begehung durch den Anwaltsnachwuchs. Diss. Halle 1938
- Joski, Siegfried Die Einwilligung des Verletzten. Diss. 1899
- Kalsbach, Werner "Standesrecht des Rechtsanwalts" 1956
Standesrechtliche Fragen aus dem Gebiet der Interessenkollision; in "Anwaltsblatt" 1954 Seite 187 ff
Zur Rechtsprechung des Ehrengerichtshofs der Rechtsanwaltskammern der Britischen Zone in "Anwälte zur Reform des Strafrechts und des Standesrechts. Gedenkschrift für Josef Cüppers."

- Kaufmann, Arthur Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum; in JZ 1956 S. 353 ff und 393 ff.
- Kern, Eduard Grundriss des Strafrechts. Bes. Teil
Berlin 1950
Gerichtsverfassungsrecht. Ein Studienbuch
2. Aufl. München und Berlin 1954
- Kisch, Wilhelm Handbuch des Deutschen Patentrechts.
Mannheim - Berlin - Leipzig 1923
- Klefisch, Theodor "Der Parteiverrat im Amtlichen Entwurf
1925" in LZ 1926 Sp. 777 ff
- Kleinknecht-Müller Kommentar zur Strafprozeßordnung 4. Auf-
lage Darmstadt 1958
- Kohler, Josef "Über die Amtsvergehungen" in Archiv für
Strafrecht und Strafprozeß von Dr. Golt-
dammer 54. Jahrgang Berlin 1907
- Köhler, Paul Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil,
Leipzig 1917
- Kohlrausch-Lange
(Richard Lange) Strafgesetzbuch. 41. Auflage Berlin 1956
- Kress Commentatio succincto in Constitutionen
criminales Caroli V Imperatoris (4) 1754
- Lang-Hinrichsen,
Dietrich "Zur Problematik von Tatbestands- u. Ver-
botsirrtum" in JR 1952 S. 184
"Die irrtümliche Annahme eines Rechtferti-
gungsgrundes in der Rechtsprechung des
Bundesgerichtshof in JZ 1953 S. 362 ff.
- Lange, Richard "Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre
zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff
bei den Zuwiderhandlungen" in JZ 1956
S. 72 ff
- Laue, Herbert Die Praevarication unter besonderer Berück-
sichtigung des Begriffs "derselben Rechts-
sache". Diss. Leipzig 1931
- Leyser Meditationes ad pandectas vol. VIII.
Leipzig und Wolfenbüttel 1746
- Lichtenheim "Praevarication?" in JW 1905 S. 69
- von Liszt, Franz
(Eberhard Schmidt) Lehrbuch des Deutschen Strafrechts
25. Auflage Berlin und Leipzig 1927
- Lindemaier-Möhring Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
- Loening, R. Grundriss zur Vorlesung über deutsches
Strafrecht. Frankfurt 1885
- Löwenstein, Siegfried "Das Recht des Anwalts im Entwurf eines
allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches"
in JW 1927 Seite 3035 ff

- Marezoll, Theodor Das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebung. 3. Ausgabe Leipzig 1856
- Mattaeus Commentarius ad libros XLVII et XLVIII de criminalibus. quarta editio 1862
- Maurach, Reinhard Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil Karlsruhe 1954
Besonderer Teil 2. Auflage. Karlsruhe 1956
- Mayer, Hellmuth Die Untreue. München-Berlin-Leipzig 1926
- Mayer, M.F. Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. 2. Auflage Heidelberg 1923
- Mehlich, Kurt Verteidigung und Begünstigung Berlin 1910; in "Rechts- u. Staatswissenschaftliche Studien", Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1889
- Meyer, Hugo Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Erlangen 1875
- Mezger, Edmund Strafrecht I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch. 6. Auflage. München und Berlin 1955 Strafrecht. 2. Band Besonderer Teil. Ein Studienbuch. 5. Auflage. München und Berlin 1956
Lehrbuch des Strafrechts. 3. Auflage München und Berlin 1949
- Mommsen Römisches Strafrecht. Leipzig 1899
- Mühlmann-Bommel
- Erich -- Gert - Das Strafgesetzbuch an Hand der höchst-richterlichen Rechtssprechung. Regensburg 1949
- Nagler, J. "Die Problematik der Begehung durch Unterlassung" in "Gerichtssaal" Band III S. 1 ff
- Neumeyer Praevarication. Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts. Besonderer Teil. IX. Band S. 503 ff Berlin 1906. Anwaltsvergehen im internationalen Verkehr. Festgabe für Karl von Birkmeyer zum 27. Juni 1917; in GA Band 64. Berlin 1917
- Niethammer, Emil Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts. Tübingen 1950
- Noack, Erwin Kommentar zur Reichsrechtsanwaltsordnung 2. Auflage Leipzig 1937
- von Olshausen, Justus Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. II. Band. Berlin 1927
Ergänzungsband bearbeitet von Haus Friedleben, Carl Kirchner und Emil Niethammer. Berlin 1936

Oppenhoff, F.C. (Delius)	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 14. Auflage Berlin 1901 Das Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten. 5. Auflage Berlin 1867
Oppenheim	Objekte des Verbrechens
Peters, Karl	Strafprozeß. Ein Lehrbuch, Karlsruhe 1952
Proskauer, Walter	Die Standesdelikte des Anwalts im neuen Strafgesetzbuch; in "Juristische Rundschau" 1925 S. 962 ff
Riffel, Emil	Die Praevarication des Rechtsbeistandes. Diss. Würzburg 1928
Roesen, Anton	"Der Parteiverrat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts" in JW 1938 S. 649 ff "Der Parteiverrat in der Rechtsprechung des Ehrengerichtshofs" in JW 1938 S. 2659 f
Rothard	Die Praevarication der Rechtsbeistände. Diss. Rostock Berlin 1906
Sauer, Wilhelm	System des Strafrechts. Besonderer Teil Köln und Berlin 1954
Schaffstein, Fried- rich	Putative Rechtfertigungsgründe und finale Handlungslehre; in MDR 1951 5. Jahrg.
von Schirach, Carl (N. Falck)	Handbuch des Schleswig-Holsteinischen Crimi- nal-Rechts und Processes. 2. Band Altona 1829
Schmidt Eberhard	Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II Göttingen 1957
Schmidt-Leichner	"Zur Problematik des Parteiverrats" in NJW 1953 S. 404 ff
Schönke-Schroeder, -Adolf-	Strafgesetzbuch. Kommentar. 8. Auflage München und Berlin 1957
Schütze, Theodor- Reinhold	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Leipzig 1871
Schwarz, Otto und Günther	Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Ver- ordnungen 20. Auflage München und Berlin 1957
Schwarze	in Weiske's Rechtslexikon 8. Band S.250 ff 1854. Die Praevarication
Tittmann, C.A.	Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafrechtskunde. 2. Band 2. Auflage Halle 1822-24
Wachenfeld, Friedrich	Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. München 1914

- | | |
|---------------------|---|
| Weber | Zu den Begriffen "Absicht" und "Wissentlichkeit" des Entwurfs zu einem Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch; in LZ 1926 S. 297 ff |
| Warda | Die Abgrenzung von Tatbestands- und Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen; in "Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen" Heft 5 |
| von Weber, Hellmuth | "Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund" in JZ 1951
"Negative Tatbestandsmerkmale" in "Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag Tübingen 1951" |
| Weimar, Kurt | Der Parteiverrat des Rechtsbeistandes. Diss. Köln 1941 |
| Weissler, Otto | Geschichte der Rechtsanwaltschaft. Leipzig 1905 |
| Welzel, Hans | Das Deutsche Strafrecht 6. Auflage Berlin 1958
"Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme" in JZ 1954 S. 276 ff |
| Wolff, Konrad | Der Parteiverrat des Sachwalters. Diss. Berlin 1930 |

[illegible]

Rechtsprechungsübersicht.

Entscheidungen zur Praevarication und zu § 31 Ziff. 2 RAO

1) in amtlichen Sammlungen

	<u>Seiten</u>
RGSt 14 S.364ff	2, 98, 99, 174
" 23 S.60ff	2, 99, 124, 130, 133, 151, 174, 175, 186, 228
" 45 S.305ff	2, 82, 99, 100, 112, 171, 183, 232
" 49 S.342ff	20, 24, 58, 60, 83, 134
" 51 S.220ff- JW 1918 S.140	15, 31, 32, 36, 47
" 58 S.247ff	172, 185, 215, 216, 217
" 60 S.298ff	130, 134, 135, 171, 174, 212
" 60 S.302ff	128, 136, 137, 218, 232
" 62 S.152ff	112, 136, 137, 152, 217, 218, 225, 228, 232
" 62 S.289ff	58, 60, 70, 100, 112, 134, 171, 211, 216, 228, 232
" 66 S.103ff	137, 170
" 66 S.316ff- JW 1932 S.3620 mit Anm.	70, 71, 75, 79, 84, 85, 132, 134, 142,
" 71 S.114ff- JW 1937 S.1810	70, 79, 254
" 71 S.231ff	66, 81, 94, 101, 112, 134, 136, 225, 228, 232
" 71 S.253ff	21, 23, 24, 85, 171, 228, 235,
" 72 S.133ff	92, 112, 171, 189, 228
" 73 S.126f	36,
BGHSt 3 S.400ff- NJW 1953 S.472	84, 112, 134, 135, 138, 171, 176, 184, 220, 222, 228, 249
" 4 S.80ff - NJW 1953 S.428	69, 95, 96, 100, 103, 107, 108, 138, 172, 176, 179, 182, 183, 219, 222, 228, 236, 239, 240, 241, 243, 244
" 5 S.284ff- NJW 1954 S.482	79, 81, 83, 86, 104, 115, 172, 176, 183, 184, 219, 221, 225, 236, 243, 249
" 5 S.301ff- NJW 1954 S.727	20, 24, 88, 104, 111, 114, 115, 116, 134, 136, 138, 139, 172, 176, 186, 187, 221, 222, 228, 231, 235, 241, 243, 249
" 7 S.17ff - NJW 1955 S.150	89, 94, 97, 104, 106, 135, 138, 140, 164, 183, 186, 187, 212, 221, 225, 243, 249
" 7 S.261ff- JZ 1955 S.454 mit Anm.	21, 23, 69, 83, 100, 101, 129, 134, 135, 138, 164, 172, 178, 221, 222, 223, 227, 242, 249
" 9 S.341ff- NJW 1956 S.1687	80, 95, 103, 124, 125, 138, 144, 158, 159, 243, 245

2) in nichtamtlichen Sammlungen

						<u>Seiten</u>
RG	in	DJZ	1910	S.1411 U.v.8.7.1910	V 526/10	97, 98, 185
"	"	JW	1911	S.246 U.v.7.7.1910	269/10	97, 99, 188, 243
"	"	JW	1915	S.48 U.v.6.7.1914	289/14	176
"	"	LZ	1917	S.1055 U.v.18.5.1917	207/17	135
"	"	DJZ	1925	S.1038 U.v.19.1.1925	III/899/24	82, 136
"	"	JW	1926	S.1571 U.v.25.3.1926	IIID 86/26	30, 60, 61, 120, 159,
				- DJZ 1926 S.1497		176, 185, 217, 228, 255
"	"	JW	1929	S.1885 U.v.18.2.1929	2D 4/29	97, 115, 146, 215, 217
"	"	JW	1929	S.3168 U.v.18.12.28	1D 761/28	21, 23, 24, 97, 98, 112,
						171, 174, 183, 200, 215,
						216, 225, 228, 230
"	"	DJZ	1929	S.103 U.v.27.9.28	III 309/28	172, 193
"	"	JW	1931	S.1814 U.v.20.3.31	1D 129/31	228, 238
"				U.v.22.10.31	3D 467/31	229
"	"	JW	1934	S.428 U.v.24.11.33	1D 453/33	131, 255
"	"	JW	1934	S.695 U.v.18.12.33	3D 698/33	46, 50
				- JR 1934 Nr. 536		
"	"	HRR	1935	Nr.633 U.v.13.12.34	5 D 6/34	69, 149
"	"	DRZ	1935	Nr.486 U.v.6.6.35	3D 1119/34	33
				- JW 1935 S.2640		
"	"	JW	1937	S.2964 U.v.17.9.37	1D 337/37	138, 166, 212, 215, 221
"	"	JW	1937	S.3304 U.v.29.10.37	4D 264/37	19, 57, 58, 61
"	"	HRR	1937	Nr.1281 U.v.5.4.37	5D 146/37	65, 194
"	"	HRR	1937	Nr.537		137
"	"	HRR	1938	Nr.1214 U.v.30.5.38	3D 331/38	65, 251
"	"	HRR	1938	Nr.1443 U.v.3.6.38	1D 107/38	113, 160
"	"	DR	1939	S.714 U.v.17.3.39	4D 947/38	114, 140
"	"	HRR	1939	Nr.272 U.v.30.8.38	1D 177/38	146
"	"	HRR	1940	Nr.714 U.v.27.2.40	4D 887/39	158
BGH	5	StR	639/52	U.v.11.12.52-	NJW 1953 S.34	125, 138, 171, 183, 228
"	4	"	762/53	U.v.14.4.53		69, 135, 153
"	3	"	252/53	U.v.16.7.53		21, 23, 103, 107, 137,
						144, 171, 236
"	5	"	437/53	U.v.26.1.54		134, 138, 171, 188, 246
"	2	"	328/54	U.v.11.1.55		101, 134, 139, 170
"	2	"	180/54	U.v.8.2.55		64, 69, 245
"	3	"	73/55	U.v.12.5.55		133, 137, 140, 157, 252
"	1	"	39/55	U.v.15.11.55		21, 23, 83, 108, 204,
						244, 251
"	4	"	402/55	U.v.24.11.55		111, 138, 178, 227, 228
						247
"	4	"	530/56	U.v.24.1.57		201, 203, 206, 213

	<u>Seiten</u>
OLG Celle in GA Band 47 S. 302	36
OLG Hamburg in Hans.Rechtszeitschrift VII S.471	20,107
OLG München in NJW 1950 S.239	30,87,115;124,130, 137,138;143;150, 164,228
OLG Frankfurt in NJW 1955 S.801	84
OLG Hamm in NJW 1955 S.803	69,70,83,115,117,119,128,133, 135,136,138,178,222,223,228,248
AG Ansbach in NJW 1951 S.207	108

Entscheidungen der Ehrengerichtshöfe.

	<u>Seiten</u>
EGH Bd. 2 S. 188 f	114
" " 7 S. 78 Nr. 22	121
" " 8 S. 170	122
" " 16 S. 195	130
" " 27 S. 160 (163)	135
" " 26 S. 229	251
" " 29 S. 87	233,251
" " 32 S. 12 (13)	143
" " 32 S. 111 f u. 114 f	158
" E.v. 20.5.33 517/53 B	153
EGHbrZ Bd. 1 S. 2	118
" " 1 S. 105 f	118
Bayer.EGH Bd. 2 S. 63	122
" " " 2 S. 54	55
" " " 2 S. 137	84
" " " 2 S. 217	122

Andere Entscheidungen.

RGSt 45 S. 210	196
" 59 S. 35	23
RG in HRR 1936 Nr. 1026	204
" " " 1942 Nr. 420	204
BGHSt 1 S. 75 f	2
" 2 S. 194 ff	182,207
BGH 3 StR.23/55 U.v.2.4.55	241
RGZ 131 S. 417	77
HEST Bd. 2 S. 135	17

E i n f ü h r u n g .

Das Wort "Praevarication" weist bereits auf seinen römisch-rechtlichen Ursprung hin. - Das lateinische Wort "praevaricari" bedeutet¹⁾ in die Quere, nicht gerade gehen. Gebraucht wurde es besonders für den Landmann, der keinen geraden Strich, also krumm pflügte. Von dort ist es in die Juristensprache übergegangen und hat die Bedeutung des "den geraden Weg der Pflicht verlassen, einen Prozeß unredlich führen" angenommen. Praevaricatio bedeutet im juristisch technischen Sinne dementsprechend: Pflichtverletzung, Verletzung der Amtstreue.

Das geltende Recht stellt in § 356 StGB eine bestimmte Art der Pflichtverletzung des Rechtsbeistandes unter Strafe. Bestraft wird nach Absatz I ein Anwalt oder ein anderer Rechtsbeistand, der in derselben Rechtssache beiden Parteien mit Rat oder Beistand dient. Strafbar ist also der Dienst als solcher für den Mandanten und zugleich für den Gegner in derselben Rechtssache, mithin der Verrat an der eigenen Partei. Der strafscharfende Tatbestand des Absatz II sieht die erhöhte Strafbarkeit in der Absicht der Benachteiligung des eigenen Mandanten im Einvernehmen mit der Gegenseite.

Es lassen sich nun eine ganze Anzahl Verhaltensweisen eines Rechtsbeistandes aufweisen, die erheblich strafwürdiger erscheinen als ein Handeln, daß nach Absatz I unter Strafe gestellt ist.²⁾³⁾ Gerade weil der Gesetzgeber nicht jedes zu mißbilligende Verhalten, nicht einmal jede Verletzung der Treuepflicht, unter Strafe gestellt hat, ist eine klare Abgrenzung des strafbaren Verhaltens vom nicht strafbaren aber möglicherweise standeswidrigen Verhalten erforderlich.⁴⁾

§ 356 StGB fällt aus dem Rahmen der übrigen Strafbestimmungen insofern heraus, als die Straftat wie auch die des § 300 StGB

- 1) s. lateinisches etymologisches Wörterbuch von A. Walde 1954
- 2) vergl. Neumeyer IX S. 515. Die Entwürfe zu einem neuen Strafgesetzbuch sind deshalb zum Teil von dem eigentlichen Praevaricationstatbestand abgerückt und haben jedes unredliche benachteiligende Verhalten eines Rechtsbeistandes gegenüber seinem Auftraggeber unter Strafe gestellt so E 1913 § 237, E 1919 § 229, E 1922 § 180, E 1927 § 181 - Vorentwurf 1909 verlangt Benachteiligungsabsicht - oder führen daneben den Tatbestand des jetzigen § 356 I so E 1927 § 195, E 1930 § 195 und E 1935. Die Entwürfe lassen, soweit der Praevaricationstatbestand fallengelassen worden ist, eine Anzahl der nach dem geltenden Recht strafbaren Fälle straflos, schaffen aber dafür eine Menge neuer Deliktsfälle.
- 3) RGSt 66 S. 317 (320) betont, daß sich zahlreiche Verletzungen anwaltlicher Treuepflicht denken liessen, § 356 aber nur einen Sonderfall mit fest umgrenztem Tatbestand enthält.
- 4) Die Beurteilung der zu mißbilligenden Verhaltensweisen unter standesrechtlichen Gesichtspunkten bleibt im Bereich dieser Arbeit unberücksichtigt.

Verletzung des Berufsgeheimnisses - und die des § 352 StGB - übermässige Gebührenerhebung - nur von einem bestimmt umgrenzten Täterkreis begangen werden kann. Alle drei Delikte sind für die Rechtsanwälte - sie können in Bezug auf die Rechtsanwälte als das Strafrecht des Rechtsanwalts bezeichnet werden - von besonderer Bedeutung.

Die Rechtssprechung des Reichsgerichts weist in den ersten Jahrzehnten nach Inkrafttreten des StGB am 31.5.1870 nur wenige veröffentlichte Entscheidungen zu § 356 auf.¹⁾ Bis etwa 1910 ist auch die Literatur nur spärlich und beschäftigte sich nur mit einem Teil der Probleme, die gerade der § 356 aufwirft. Erst seitdem Praevaricationsfälle die oberen Gerichte in steigendem Maße beschäftigt haben²⁾, hat sich auch die Wissenschaft des Strafbestandes in erhöhtem Maße angenommen. Hervorgerufen wurde dieses erhöhte Interesse besonders auch in Anwaltskreisen dadurch, dass das Reichsgericht und später der Bundesgerichtshof dem Straftatbestand durch die extensive Auslegung einiger Tatbestandsmerkmale, wie noch zu zeigen sein wird, einen solchen weiten Anwendungsbereich gegeben haben, daß auch ein Anwalt mit hohem Berufsethos unschwer straffällig werden kann. Diese Gefahr ist umso grösser, als einerseits Widersprüche in der Auslegung einiger Tatbestandsmerkmale sogar zwischen den verschiedenen Strafsenaten des Bundesgerichtshofs, auch Schwankungen innerhalb desselben Senats festzustellen sind, die zu Unsicherheit führen und andererseits vielen Anwälten noch heute der Straftatbestand gar nicht oder kaum, zum mindesten aber nicht in seiner Problematik, bekannt ist.³⁾ Eine Bestrafung wegen Praevarication hat in der Regel als ehrengerichtliche Maßnahme den Ausschluß aus dem Berufsstand zur Folge. Eine nähere Kenntnis des Straftatbestandes und seiner Problematik liegt daher im Interesse derjenigen, auf die der Tatbestand Anwendung finden kann.

Für die Auslegung des Straftatbestandes ist in erster Linie der Zweck des Strafrechtsatzes zur Zeit seiner Anwendung maßgebend.⁴⁾

Daneben ist die "worterklärende", "logisch-systematische" und "ge-

1) In den veröffentlichten Reichsgerichtsentscheidungen wird zum ersten Mal in Band 14 S. 379 eine Rechtsfrage zum § 356 erörtert, aber auch nur im Zusammenhang mit dem Delikt-Tatbestand des § 352 StGB. Ein selbständiger Fall zu § 356 StGB wird erst im 23. Band S. 64 ff. behandelt. Der nächste Fall erscheint im 45. Band S. 315 ff.

2) Allein in der Zeit vom 11.12.1952 bis zum 21.8.56 sind dem Verfasser 17 Praevaricationsfälle bekannt geworden, die vor dem Bundesgerichtshof als Revisionsinstanz verhandelt wurden.

3) so Cüppers in NJW 1947 S. 5

4) so vor allem Maurach AT § 1. Auch der Wille des Gesetzgebers, der für den historischen Werdegang beachtlich ist, kann nicht ausschlaggebend sein; vgl. BGHSt 1 S. 75 f.

geschichtliche" Auslegung zu berücksichtigen. Die geschichtliche Entwicklung ist insbesondere für die Frage nach dem geschützten Rechtsgut mit seinen weitgehenden Konsequenzen und nach dem möglichen Täterkreis von Bedeutung.

Über die Geschichte der Praevarication liegen gute Arbeiten vor.¹⁾ Es kann nicht Zweck dieser Arbeit sein, eine bereits vorhandene Darstellung der geschichtlichen Entwicklung zu wiederholen. Auf die geschichtliche Entwicklung soll daher, abgesehen von einem kurzen Überblick, nur insoweit eingegangen werden, als es für die Auslegung des geltenden Rechts angebracht erscheint.

1. Abschnitt.

Geschichtlicher Teil.

Das römische Recht kannte die Praevarication des Anklägers im Strafprozess - praevindicatio propria. Praevindicator war derjenige, der die Pflicht zur sachgemässen Durchführung einer Anklage verletzte.²⁾ Daneben entwickelte sich die Praevarication des Advocaten oder patronus causae - praevindicatio impropria, - ohne jedoch einen nachweisbaren gesetzlichen Niederschlag gefunden zu haben.³⁾ Darunter wurde der durch Begünstigung des Gegners an der eigenen Partei begangene Verrat verstanden.

Die Kanonisten des Mittelalters zählten die Anklägerpraevarication - wegen der geheimen Absprache Collusion genannt - ebenso wie die Advocatenpraevarication zu den Fälschungsdelikten - genannt falsa. Falsum wurde wie folgt definiert: falsum est dolosa veritatis immutatio in alterius praeiudicium facta.⁴⁾ Die Advocatenpraevarication wurde in die Untergruppe des falsum dicto eingeordnet.

Bartolus, der zu den bedeutendsten Postglossatoren zählt, versuchte in zivilrechtlicher Denkungsweise eine Scheidung zwischen falsum und praevindicatio und entwickelte seine Lehre im Anschluss an einen praktischen Fall:⁵⁾

Nach Abschluß des Mandatsvertrages und Zahlung des vereinbar-

1) so Wolff S. 9 - 76, Becker S. 7 - 12, Ebner S. 5 - 14, Früh S. 1 - 32 und Hogrefe in "Standesrecht des Anwalts" S. 350 ff

2) Die praevindicatio tauchte zuerst in der lex Acilia 111 v. Chr. auf. Sie lag vor bei Erdichtung von Entlastungs- und Unterdrückung von Belastungsbeweisen; Vergl. Dig. 48, 15 und L 12 Dig. 50, 16 und Meyer S. 703, Marezoll § 151 am Anfang und Hefter § 403.

3) Näheres bei Wolff S. 53-54

4) s. Mommsen "Römisches Strafrecht". Leipzig 1899 S. 667, 670 und Wolff S. 55

5) Lectura super secundam partem Digestorum. Venetiis 1478 zu L 1 Dig. de praevindicacione.

ten Honorars hatte sich ein Mandant dem Advocaten in seiner Strafsache anvertraut. Der Advocat gab die anvertrauten Geheimnisse den öffentlichen Ankläger unter gleichzeitiger Vereinbarung einer *quot litis* preis. Der Mandant wurde infolge des Verrats zu Unrecht verurteilt.

Bartolus lehnte die erfolgte Verurteilung des Advocaten wegen *Praevarication* mit der Begründung ab, es handle sich um *falsum*, weil der Advocat sich das Honorar unter der Vorspiegelung, er wolle die Rechte des Mandanten getreu und sachgemäss wahrnehmen, erschlichen habe; ausserdem sei die Vereinbarung der *quota litis* eine *societas in necem innocentium*.¹⁾

Im Anschluss an diesen Fall wird von den italienischen Praktikern²⁾ insbesondere die Frage der Strafbarkeit des *patrocinium successivum* erörtert, ohne jedoch zu einer klaren Lösung zu gelangen.³⁾

Mit der Reception des römischen Rechts in Deutschland wurde auch das Delikt der Advocatenpraevanigation - jedoch beschränkt auf den Prozess - übernommen. Ob die Anklägerpraevanigation mit übernommen wurde, steht nicht eindeutig fest. Feuerbach-Mittermaier⁴⁾ führt sie in seinem Lehrbuch noch auf. Becker⁵⁾ sagt, daß sie allmählich verschwunden sei, während andere⁶⁾ die Ansicht vertreten, sie sei nicht übernommen, weil der Ankläger des römischen Rechts eine völlig andere Stellung als der des Mittelalters gehabt habe.

Wir finden die Praevarication zuerst, jedoch ohne genaue tatbestandliche Fixierung, im "Spiegel der Deutschen Leute" und im "Schwabenspiegel". sodann in der "Bambergensis" von 1507, aus der sie unverändert in die *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532 übernommen wurde. Wegen ihrer Bedeutung für die Entwicklung des gemeinen Rechts in den nächsten Jahrhunderten wird die entsprechende Bestimmung⁷⁾ wörtlich wiedergegeben. "Item so ein procurator fursetzlicher geverlicher weise seiner parthey jnn Burgerlichenn oder peinlichen Sachenn zu nachtheill unnd dem widertheill zu gut hanndellt", es folgt die Strafandrohung.

1) s. Wolff S. 56

2) so Alciatus: De verborum significatione. Lugduni 1548 N 6 zu L 212 und Arretinus: De maleficiis N 49 Gl falsario und Wolff S. 57.

3) Zum Teil wurde die Strafbarkeit wegen *falsum* darauf abgestellt, ob das Honorar vor dem Übergang zum Gegner zurückgezahlt, zum Teil, ob ein Geheimnis verraten war. In dem Übergang zum Gegner allein wurde, weil er öffentlich geschah, kein strafbares Verhalten gesehen.

4) § 425

5) S. 8

6) Schütze S. 481, Marezoll § 151

7) Art. 115

Täter konnte danach sein der Procurator, der Inhaber eines Gerichtsamts war. Neben ihm trat der Advocat als völlig unselbständig zurück. Er wird deshalb in der CCC auch nicht erwähnt.¹⁾

Die tatbestandsmässige Handlung lag in dem schädigenden Verhalten gegenüber dem Auftraggeber - Eintritt eines Schadens wurde nicht gefordert ²⁾ - und in der Begünstigung der Gegenpartei. Da der Praevaricationstatbestand sich unmittelbar an das falsum anschloss, wurde er in der Folgezeit mehr und mehr unter das falsum eingeordnet. Dies zeigte sich bei der Erörterung von Einzelfragen, die den Ausgangspunkt für die weitere Entwicklung bildeten und den Versuch darstellten, germanische Rechtsauffassung mit dem Digesteninhalt in Übereinstimmung zu bringen. Diese Einzelfragen bezogen sich im besonderen auf die Begrenzung des Täterkreises, das patrocinium successivum, den objectiven Deliktsbereich, die Gleichstellung des positiven Tuns mit der unechten Unterlassung und die neu in Erscheinung tretende Quasipraevarication.³⁾

Mathaeus⁴⁾ vertrat, indem er Gedanken des Alciatus weiterentwickelte, den Standpunkt, daß das patrocinium successivum nicht als Praevarication sondern wegen des Geheimnisverrats als falsum zu bestrafen sei; deshalb entfalle auch eine Bestrafung bei Vertretung in reinen Rechtsfragen. Carpzov⁵⁾ stellte es auch auf den Geheimnisverrat ab und nahm, falls dieser vorlag, Praevarication und falsum an. Er wies als erster auf die Bedeutungslosigkeit der Honorarzahlung hin.⁶⁾ Die Deliktsmerkmale der Praevarication und des falsum erläuterte er gemeinsam. Erst Leyser erklärte den Übergang zum Gegner in jedem Falle - auch bei fehlendem Geheimnisverrat - für strafbar und zwar als Praevarication, nicht als falsum. Voraussetzung war aber der Abschluß des Mandatsvertrages, so daß der Procurator straflos blieb, wenn er nach Ablehnung des Mandats die Vertretung der Gegenseite übernahm. Auch bei Ablehnung blieb die Möglichkeit der Bestrafung wegen falsum, wenn nämlich Geheim-

1) Die Wurzeln der Anwaltstätigkeit gehen auf das kanonische Recht des Mittelalters zurück, das den Procurator, der als amtlich bestellter Parteivertreter vor dem Gericht mündlich verhandelte und den Advocaten, der für den Procurator, die Schriftsätze anfertigte, kannte; vergl. Hogrefe in Kalsbach "Standesrecht" S.352

2) so Feuerbach - M. § 427, Schwarze in Weiske's Rechtslexikon VIII S.257, dagegen Marezoll § 151 Fußnote 3

3) s. Wolff 62; näheres S.7

4) Commentarius ad libros XLVII und XLVIII D. de criminibus. Quarta editio 1762, 47 tit IX cap. I n. 5

5) Libri VI responsorum iuris electoralium. Leipzig 1642. Liber III tit 1 und Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium. Wittenberg 1638 III qu 93 n.48 und Opus decisionum. Leipzig 1670; dec 91.

6) Opus decisionum. N. 22 und 23

nisse an die Gegenseite verraten wurden. Demgegenüber bejaht Carpzov die Praevarication auch im Falle der Ablehnung des Mandats, wenn Geheimnisse verraten wurden und zwar unabhängig von der Frage der Honorierung.¹⁾ Er meint im übrigen, der Richter könne den Übergang zum Gegner gestatten, wenn der Mandant sich unberechtigterweise weigere, das Honorar zu zahlen. Leyser erläuterte weiter die Frage, ob der Übergang zum Gegner wenigstens dann strafbar sei, wenn die übernommene Sache sich als aussichtslos herausstelle oder keine Geheimnisse verraten würden, verneinte sie aber.²⁾ Anderer Meinung wiederum war Boehmer³⁾. Weil der Gerechtigkeit Genüge getan werde, komme Bestrafung weder als Praevarication noch als falsum infrage. Eine einhellige Meinung bildete sich auch in der Folgezeit nicht heraus.⁴⁾

Bezüglich des patrociniū praesens, also der gleichzeitigen Doppelvertretung wurde dagegen einhellig die Meinung vertreten, dass dieses Verbot sich nur auf den einzelnen Rechtsstreit (causa) bezöge, weil auch das Mandat sich nur soweit erstrecke.^{4a)} Maßgebend sollte in erster Linie die Auslegung des einzelnen Mandatsvertrages sein. Carpzov⁵⁾ nahm Praevarication und falsum an, wenn der Procurator im Executionsverfahren den Gegner vertrat. Leyser⁶⁾ nahm im Falle von Vertragsverletzung auch Praevarication bei Übergang zum Gegner erst in der Appellationsinstanz an.

Die Frage der Einbeziehung der Advocaten in den Täterkreis erhob sich, nachdem deren Stellung sich erheblich gefestigt hatte. Interessant ist, dass die Mehrzahl der Kommentatoren⁷⁾ die Ausdehnung als rechtens ansah, weil der Advocat sich die in der CCC für den Procurator vorgesehene Stellung erworben habe. Eine Minderheit lehnte die Ausdehnung auf Advocaten als mit dem Wortlaut nicht ver-

1) Libri VI. N. 10 ff

2) Meditationes. XX spec. 554

3) Commentarius in CCC. Halle und Magdeburg 1770. § III zu Art. 115, ebenso Feuerbach-Mittermaier § 426.

4) s. von Schirach § 121, Heffter § 404 Anm. 3 und Henke § 157 S. 87 f mit ausführlicher Stellungnahme.

4a) vergl. Leyser: Meditationes. VIII / IX und Boehmer § III

5) Libri VI. N. 16-22

6) Meditationes. XX

7) so Clasen: Commentarius in CCC. Frankfurt und Leipzig 1693. II zu Art. 115, Boehmer § 2 zu Art. 115, Kress: Commentatio succincto in Constitutionem criminalem Caroli V Imperatoris (4). 1754 § 1 Anm. 2 zu Art. 115, Feuerbach-Mittermaier § 425 N. 2 Heffter § 404 Anm. 1 und Wolff S. 67, Tittmann §§ 497, 498, Henke § 157 S. 83 f.

einbar ab.¹⁾

Eine erhebliche Erweiterung und dadurch Verwischung des ursprünglichen Deliktstatbestandes erfolgte durch die Entwicklung der Quasipraevarication. Die maßgeblichen Grundsätze finden sich bei Leyser:²⁾ "equidem praevanicationis crimen proprie ab advocatis committitur; quum tamen in proditiōe negotii fidei suae commissi consistat, omnem huius generis perfidiam huc referre et quasi praevanicationem appellare possumus." Grund für die Erweiterung war das Verhalten eines Advocaten, der nach Ablehnung des Mandats den Entwurf einer auf Bitten des Mandanten abgeschriebenen Klageschrift dem Prozessgegner gezeigt hatte. - Hier lag ausser Geheimnisverrat eine Vertragsverletzung vor, die als Quasipraevarication bestraft werden sollte.

Dieser von Leyser entwickelte, erweiterte Praevaricationsbegriff stellte ganz allgemein, also inner- und ausserhalb des Prozesses, jeden Vertragsbruch, nicht nur des Procurators, mittels Begünstigung der Gegenseite ähnlich dem heutigen Untreuebegriff unter Strafe. Danach war jegliches falsum, das zugleich eine Vertragsverletzung enthielt, eine Quasipraevarication.³⁾ Noch weiter ging Boehmer⁴⁾, der den Geheimnisverrat als ein Merkmal der Praevarication erklärte und nur noch diese und die Quasipraevarication gelten liess. Für die letzte forderte er neben dem Geheimnisverrat nur die Absicht der Begünstigung des Gegners.

Erst die Particulargesetze der zweiten Hälfte des 18. und 19. Jahrhunderts lösten den Geheimnisverrat wieder aus dem Praevaricationstatbestand und stellten ihn als selbständiges Delikt auf.

Hinsichtlich der Gleichstellung von positivem Tun und Unterlassen stellte sich die gemeinrechtliche Lehre auf den Standpunkt, daß der Dienst für den Gegner auch im Unterlassen des vom Advocaten erwarteten Tuns für den eigenen Mandanten bestehen könne.⁵⁾

Parallel mit dem Absterben des Römischen Reiches Deutscher Nation und dem Aufkommen des politischen Selbständigkeitsbewußtseins der deutschen Einzelstaaten sind in der zweiten Hälfte des 18. und im 19. Jahrhundert zahlreiche Strafrechtskodifikationen entstanden. Diese folgten hinsichtlich der Praevarication zum Teil dem gemeinrechtlichen Vorbild. Teilweise erfolge eine echte Rückbesinnung

1) Ein ähnlicher Gesichtspunkt ist bei der Auslegung des geltenden Rechts bezüglich des Umfangs des Täterkreises von Bedeutung.

2) Meditationes. XXIV

3) Die Vertragsverletzung des Sachwalters war nur noch ein Sonderfall, a.A. besonders Henke § 157 S. 84 f.

4) § 1 zu Art. 115 CCC.

5) Leyser: Meditationes IV - IV, Feuerbach-Mittermaier § 427 III und Heffter § 404 Anm. 3, Henke § 157 S. 89

auf den eigentlichen Praevaricationstatbestand, die Collusion und die Neuaufnahme des echten Parteiverrats durch den Sachwalter¹⁾ als zweiten Praevaricationsfall.²⁾

Im Codex Juris Bavarici Criminalis von 1751³⁾, in "Das Allgemeine Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung" von Joseph II 1787 und auch im Preussischen Allgemeinen Landrecht von 1794 ist Praevarication zum falsum geworden, im preussischen ALR dergestalt, dass falsum und Untreue einschliesslich Praevarication in den Abschnitt "Von Beschädigungen des Vermögens durch strafbaren Eigennutz und Betrug" eingeordnet wurden.⁴⁾

Die vorhergehende Constitutio Theresiana von 1768 bezeichnete dagegen in Anlehnung an Boehmer die Praevarication als Untreue. Aufgeführt sind drei Tatbestände: der Geheimnisverrat, die Erteilung heimlichen Rats an die Gegenpartei zum Nachteil der eigenen Partei und die geflissentliche und gefährliche Hintersetzung der "Rechtsbehelfe" der eigenen zu Gunsten der Gegenpartei.⁵⁾

Das oesterreichische Gesetzbuch über "Verbrechen und schwere Polizey-Übertretungen" von 1803 § 86 d ordnet die Praevarication wieder anders ein, und zwar, obwohl die Advocaten keine Beamten waren, im Abschnitt "Mißbrauch der Amtsgewalt". Bestraft wird nur noch die Unterstützung des Gegners mit Rat und Tat.⁶⁾

Im bayrischen Strafgesetzbuch vom 1.10.1813 taucht zum ersten Mal die klare Trennung zwischen praeparicatio und falsum auf. Unter dem Titel "Von den Privatverbrechen" wird als Praeparication⁷⁾ das geheime Einverständnis mit dem Gegner in der Ab-

1) In Preussen wurde schon seit der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts zwischen dem Procurator und dem Advocaten kein Unterschied mehr gemacht; so Noack S. 1

2) Die Strafgesetzbücher von Sachsen (1.10.1868), Thüringen und Hamburg enthalten den Praevaricationstatbestand nicht.

3) 1. Teil 9. Capitul § 2 enthält als falsum -falsum wird als eine gefährliche und anderen zu Schaden gereichende Verdrehung der Wahrheit definiert- u. a. folgenden Tatbestand: "zwyen Partheyn in einerley Sache dienet oder sonst gegen Pflicht und Gewissen auf beeden Achseln trägt" ...

4) Der Praevaricationstatbestand ähnlich dem unseres § 356 II, der im gesamten gemeinen Recht als die Praevarication galt, sieht als möglichen Täter die Justizkommissare und Consulanten vor. Preussen hatte schon im Corpus Juris Fr. d. Gr. von 1781 die freien Advocaten und Procuratoren durch beamtete Assistenzräte und diese durch aus der Advocatur hervorgegangene beamtete Justizkommissare ersetzt. 1849 erhielten die Justizkommissare die Bezeichnung "Rechtsanwälte"; vergl. Noack S. 2 und Högrefe in "Ständesrecht" von Kalsbach S. 352

5) vergl. Früh S. 21

6) vergl. Früh S. 25

7) Art. 296

sicht der Benachteiligung der eigenen Partei verstanden, "es sei hieraus ein wirklicher Nachtheil entstanden oder nicht." Der Falsumtatbestand¹⁾ erscheint unter dem Titel "Von den öffentlichen oder Staatsverbrechen" und enthält als solcher die gewinnsüchtige Prozeßverzögerung und absichtlich falsche Ratserteilung.²⁾ Interessant ist, daß beide Titel je ein Kapitel "Von Beeinträchtigung fremder Rechte durch Untreue" haben, worunter sowohl der Praevarications- wie Falsumtatbestand fallen. Die gleichen Deliktstatbestände mit ähnlicher systematischer Einordnung haben wir im "Strafgesetzbuch für die Herzoglich Oldenburgischen Lande" vom 10.9.1814³⁾.

Im "Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg" vom 1.3.1839 finden sich fast dieselben Tatbestände jedoch wegen der Beamten-eigenschaft der Täter erstmalig als "Amtspflichtverletzung" bezeichnet.

Eine neue Entwicklung leistete das Criminalgesetzbuch für das Herzogtum Braunschweig vom 10. Juli 1840 und für das Königreich Hannover vom 8. August 1840 ein. Der Falsumtatbestand fällt weg. Neben der Collusion⁴⁾ erscheint als weiterer selbständiger Praevaricationstatbestand der unseres § 356 I StGB⁵⁾. Braunschweig bringt das Delikt im Kapitel "Verletzung besonderer Amtspflichten", ähnlich Hannover, das die Straftat in dem Kapitel "Von strafbaren Dienstverletzungen der öffentlichen Beamten" auführt. Die Praevarication wird ausdrücklich als "Untreue der Rechtsanwälte" bezeichnet.⁶⁾ Hinsichtlich des geschützten Rechtsguts dürfte bei beiden Gesetzen kein Unterschied bestehen.

Eine fast gleiche Regelung enthält das Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen vom 17.9.1841 und für das Herzogtum Nassau vom 14.4.1849⁷⁾ jedoch nicht mehr unter dem Titel "Amtsverbrechen" oder ähnlich sondern unter dem Titel "Von besonderen Pflichtverletzungen gewisser zu öffentlichen Verrichtungen aufgestellter Personen." Der Unterschied in der Titelfassung dürfte lediglich auf die verschiedenartige Stellung der Procuratoren und Advocaten in den einzelnen Staaten zurückzuführen sein, sachlich aber keinen Unterschied bedeuten.

1) Art. 400

2) Die beiden Tatbestände sind nach dem geltenden Recht strafflos.

3) Praevarication Art. 301, falsum Art. 419

4) In keinem der Particulargesetze ist bestimmt, daß sich die Kollusion auf dieselbe Rechtssache beziehen müsse. Dies wurde als selbstverständlich angesehen.

5) Braunschweig § 285 - gefordert wird zusätzlich Gewinnsucht oder sonstige rechtswidrige Absicht - und Hannover Art. 368

6) Braunschweig und Württemberg kennen noch zwei weitere Straftatbestände von Pflichtverletzungen der Rechtsbeistände, die in diesem Zusammenhang weniger bedeutungsvoll sind.

7) Hessen Art. 480, Nassau Art. 476

Das "Strafgesetzbuch über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen für das Kaisertum Oesterreich" vom 27.5.1852 enthält im Kapitel "Vom Mißbrauch der Amtsgewalt" in § 102 d in Verbindung mit § 101 den Tatbestand des echten Parteiverrats (jetzt § 356 I); jedoch mußte der Dienst für den Gegner "zum Schaden seiner Partei" sein. Das Bayrische Gesetzbuch vom 1861 führt die Praevarication in Artikel 389 des 24. Hauptstücks "Verletzung besonderer Berufspflichten". Bestraft wird das Doppeldienen und die wissentlich Benachteiligung des Klienten. Der Collusionsfall wird nicht erwähnt.

Eine ausführliche Regelung finden wir in den § 535 -537 des Badischen Strafgesetzbuches vom 6.3.1845 im 37. Titel "Von Beschädigung fremder Rechte durch Untreue, Verrat, Verletzung von Geheimnissen und Mißbrauch öffentlicher Berechtigungen." Unter der Überschrift "Treulosigkeit der Rechtsanwälte" enthält § 535 - der erste Paragraph des Titels - den Collusionsfall; subjectiv wird "böse Absicht" gefordert. § 536 führt zwei Falsumtatbestände, Geheimnisverrat mit eingetretener Benachteiligung, arglistige Benützung von anvertrauten geheimen Tatsachen und Beweismitteln und den echten Parteiverrat auf. Wenn eines der Delikte von einem öffentlich aufgestellten Anwalt und Schriftverfasser begangen wird, tritt eine Strafschärfung nach § 537 ein.

Es fällt auf, daß einige Particulargesetze für den Praevaricationstatbestand ein pflichtwidriges oder rechtswidriges Handeln fordern, während andere Particulargesetze das Merkmal nicht enthalten. So forderten z.B. das Bayrische Strafgesetzbuch von 1813 (Art. 296) und das von 1861 ein pflichtwidriges Einverständnis, ebenso Oldenburg; bei Braunschweig heißt es bezüglich beider Praevaricationstatbestände "in sonstiger rechtswidriger Absicht"; Hannover fordert bezüglich der Collusion "in pflichtwidrigem Einverständnisse" - der zweite Praevaricationstatbestand enthält das Merkmal nicht. Den Strafgesetzbüchern von Hessen, Nassau und Oesterreich (1852) fehlt das Tatbestandsmerkmal ebenfalls. Einige Particulargesetze¹⁾ stellen allgemein jede Pflichtverletzung von Personen, die öffentlich bestellt sind oder Tätigkeiten im allgemeinen Interesse ausüben, wie Geistliche, Ärzte, Notare, Advocaten unter Strafe, womit der Willkür Tür und Tor geöffnet war.²⁾

Die Stärkung des Berufsbeamtentums im 19. Jahrhundert wirkte sich

1) so das Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 30.3.1838 Art. 321 und das Strafgesetzbuch für die thüringischen Staaten von 1850 Art. 318 i. Verb. mit Art. 307 f.

2) In dem "Kommentar eines praktischen Gelehrten" ist unter Bezugnahme auf die Motive S. 106 ausdrücklich gesagt, daß eine besondere Vorschrift gegen den sich einer Praevarication schuldig machenden Sachwalter angesichts der allgemeinen Fassung des Artikels nicht mehr erforderlich sei.

auch in Richtung der Verselbständigung der Beamtendelikte aus. Da die Rechtsanwälte in den meisten Partikularstaaten¹⁾ Beamte waren oder eine beamtenähnliche Stellung hatten, wurde auch die Praevarication in dem Abschnitt "Delikte der Beamten oder öffentlich aufgestellten Personen" untergebracht. Die Einordnung finden wir in den Strafgesetzbüchern von Württemberg, Hannover und besonders im Preussischen Strafgesetzbuch vom 14.4.1851²⁾ aber auch noch in den späteren Particulargesetzen von Oldenburg³⁾ und im lübischen Strafgetzbuch.⁴⁾

Vom Preussischen Strafgesetzbuch (§ 329) ist der Praevarications-tatbestand sachlich unverändert in das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes vom 31.5.1870 und von dort unter Beibehaltung seiner systematischen Stellung im Gesetz in den § 356 des RStGB übernommen worden.⁵⁾

§ 329 prStGB nennt als möglichen Täter den gerichtlichen Anwalt und andere Rechtsbeistände und bringt durch die weiteren Worte "vermöge seiner amtlichen Eigenschaft" zum Ausdruck, daß der Täter ein Beamter sein müsse.⁶⁾ Der Entwurf für den Norddeutschen Bund und das Strafgesetzbuch hat infolge der durchaus verschiedenartigen Stellung der Rechtsbeistände in den einzelnen Bundesländern die Worte "gerichtlicher Anwalt und andere Rechtsbeistände" durch die Worte "Advocat, Anwalt oder ein anderer Rechtsbeistand" ersetzt. Da es seit Inkrafttreten der Rechtsanwaltsordnung vom 1.7.1878 den Advocaten nicht mehr gibt, ist dieser in der Neufassung des Strafgesetzbuches vom 25.8.1953 nicht mehr erwähnt.

Die Fortlassung des in § 329 II prStGB (Strafschärfungstatbestand) angeführten Wortes "vorsätzlich" im Entwurf des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund und im Reichsstrafgesetzbuch ist sachlich ohne Belang.

Das in § 329 IprStGB enthaltene und von dort über den Entwurf für den Norddeutschen Bund in das Reichsstrafgesetzbuch übernommene Merkmal "pflichtwidrig" ist erst bei der Schlußredaktion des Gesetzes aufgenommen worden.⁷⁾

1) So u. a. in Hannover, Hessen, Nassau und Preussen.

2) Das Strafgesetzbuch für das Fürstentum Waldeck und Pyrmont vom 15.5.1855 hatte dieselbe Fassung; vergl. Homann S. 3

3) 1858 Art. 306

4) 1863 § 275

5) Trotz der fast wörtlichen Übernahme des § 329 prStGB dürfte der § 356 auch seine Vorbilder in den entsprechenden Bestimmungen der Strafgesetze von Baden, Hannover u. Hessen haben.

6) so Beseler unter Benutzung amtlicher Quellen. Der Entwurf von 1850 hatte vor dem Wort "Rechtsbeistand" die Worte "öffentlich bestellter". Die Worte seien weggelassen worden, weil die Worte "bei den vermöge seiner amtlichen Eigenschaft anvertrauten An-
gelegenheiten" genügend zum Ausdruck brächten, daß der Täter ein Beamter sein müsse.

7) Goltdammer "Materialien" Bem. 3 zu § 329 prStGB.

Die sachliche Übernahme des preussischen Praevaricationstatbestandes erlaubt uns im übrigen, bei der Auslegung des geltenden Rechts auf die Motive und Kommentare zum preussischen Strafgesetzbuch zurückzugreifen.

2. Abschnitt.

Grundsätzliches zur Auslegung des Tatbestandes des § 356 StGB insbesondere zur Frage des geschützten Rechtsguts

Die Auslegung des gesetzlichen Tatbestandes bietet deshalb erhebliche Schwierigkeiten, weil er einige nicht aus sich verständliche Merkmale enthält. Nur mittels Auslegung gewinnen wir die notwendige Abgrenzung zum nicht strafbaren Verhalten. Hilfsmittel für die Auslegung bieten die geschichtliche Entwicklung, Sinn, Zweck, die systematische Stellung der Strafbestimmung und die Frage nach dem geschützten Rechtsgut.

Das Rechtsgut dient im besonderen dazu, die Schutzfunktion des Straftatbestandes schärfer zu umgrenzen und ist als solches ein nicht zu entbehrendes Mittel, das innere Wesen des Strafrechtssatzes exakt zu erfassen.¹⁾ Wir erfahren, warum die Praevarication verboten ist. Seine praktische Bedeutung wird sich bei der Erörterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale noch erweisen. Die Frage nach dem geschützten Rechtsgut soll deshalb auch der Erörterung der einzelnen Tatbestandsmerkmale vorangestellt werden.

Das geschützte Rechtsgut ist nicht einfach festzustellen, weil der Grundtatbestand des Delikts auf eine bestimmte Handlung, den Übergang zum Gegner in derselben Rechtssache, nicht auf einen "Erfolg" abgestellt ist. Unter Strafe gestellt wird das verräterische Handeln des Rechtsbeistandes als solches gegenüber der eigenen Partei. Wäre der Eintritt eines Schadens Strafbarkeitsvoraussetzung, so könnten hieraus Rückschlüsse auf das geschützte Rechtsgut gezogen werden. Bezüglich des § 356 II, der sogenannten Collusion ist zwar umstritten, ob ein Schade eingetreten sein muss oder die Benachteiligungsabsicht genügt. Da aber Absatz II nur eine Verschärfung des Grundtatbestandes darstellt²⁾, kann er für die Lösung der Frage nach dem geschützten Rechtsgut keine Hilfe bieten.

Eine wesentliche Hilfe zum Erkennen des geschützten Rechtsguts

- 1) so Mezger "Studienbuch" AT § 36 I u. II
2) anders Wolff S. 104-106, der in Absatz II einen völlig neuen Deliktstatbestand gegenüber Absatz I sieht. Seiner Ansicht nach ist Absatz I einschränkend - hierunter soll nur die amtliche Tätigkeit fallen - Absatz II erweiternd auszulegen; so soll unter Absatz II auch der ausseramtlich mitgeteilte Geheimnisverrat fallen.

bietet uns jedoch die geschichtliche Entwicklung seit der CCC. Obwohl die für die Praevarication infrage kommenden Täter, nämlich der Procurator immer, und nach Festigung seiner Stellung, der Advocat in der Regel Gerichtsbeamte waren oder zu den für öffentliche Einrichtungen bestellten Personen gehörten, wurde das strafwürdige Verhalten in dem Geheimnisverrat, also in einem zivilrechtlichen Merkmal, gesehen.¹⁾ Lehre und Praxis des Mittelalters bis ins 18. Jahrhundert hinein rechneten die Praevarication meistens unter die Untreue im weiteren Sinne.²⁾ Mag auch das preussische ALR eine Akzentverschiebung vorgenommen haben, indem es die Praevarication mit Betrug und strafbarem Eigennutz in Verbindung brachte³⁾, wichtig ist, daß die persönliche Vertrauensbeziehung zum Mandanten das entscheidende Kriterium blieb. Hieran änderte sich auch nichts in den ersten strafrechtlichen Particulargesetzen des 19. Jahrhunderts, die wie Bayern und Oldenburg auch formell die Praevarication wieder unter die Untreue einordneten.⁴⁾

Die gemeinrechtliche Lehre und Praxis hatten im Anschluß an Artikel 115 CCC immer nur die Collusion als echte Praevarication angesehen.⁵⁾ Da aber auch die Collusion den eigentlichen Verrat nämlich den Übergang zum Gegner in derselben Rechtssache enthält, ist geschichtlich gesehen der Bruch des auf den Rechtsbeistand gesetzten Vertrauens der eigentliche Strafgrund.

Die mit der Verselbständigung der Beamtendelikte als verständliche Folge aufgekommene neue Eingruppierung unter die Beamten - bzw. Amtsdelikte änderte, zum Teil deutlich erkennbar, nichts an dem vom Gesetzgeber geschützten Rechtsgut. So bezeichnet das Strafgesetzbuch von Hannover die Praevarication als "Untreue der Rechtsanwälte", das badische Strafgesetzbuch spricht von "Treulosigkeit der Rechtsanwälte". Selbst die Motive⁶⁾ zum Entwurf für das Norddeutsche Strafgesetzbuch sprechen von der "Untreue des gerichtlichen Anwalts und der anderen Rechtsbeistände". Dabei ist von Bedeutung, dass das Delikt sich nicht mehr wie im gemeinen Recht auf die Collusion beschränkte, sondern wie im geltenden Recht den echten Parteiverrat als solchen mit erfaßte. Zwar bringen von den Strafgesetzbüchern, die beide Praevaricationstatbestände enthalten, nur die

1) Feuerbach-Mittermaier § 426 erklärt sogar, daß das Verbrechen der Praevarication entfalle, wenn der Vertrag mit dem Mandanten wieder aufgelöst sei. Andere nehmen den Wegfall an, wenn das Honorar zurückgezahlt wurde. Siehe S. 68

2) so Schütze S. 479 und Wächter Anm. 37

3) Das ALR kannte keinen selbständigen Untreuetatbestand.

4) s.S. 9

5) Die Quasipraevarication kann in dem Zusammenhang ausser Betracht bleiben.

6) Hans Blum "Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund" Zürich, Leipzig 1870. "Auslegung" zu § 356.

von Baden Hannover und die Motive zum Norddeutschen Strafgesetzbuch deutlich zum Ausdruck, dass die Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsbeistand und Mandant das geschützte Rechtsgut sei. Da aber die Praevaricationstatbestände in den Strafgesetzbüchern von Württemberg, Braunschweig, Hannover, Hessen, Nassau und Preussen offensichtlich in geistiger Abhängigkeit von einander entstanden sind, ist anzunehmen, dass trotz der neuen Eingruppierung in die Amtsdelikte eine sachliche Änderung hinsichtlich des geschützten Rechtsguts nicht beabsichtigt war. Für Preussen musste dies umsomehr gelten, da "Das Norddeutsche Strafgesetzbuch" den Praevaricationstatbestand aus dem Preussischen Strafgesetzbuch sachlich unverändert übernommen hat, die Motive des Norddeutschen Strafgesetzbuches den Strafgrund aber in der Untreue des Rechtsbeistandes sehen.

Auch die Strafgesetzbücher für Sachsen (1838) und die Thüringischen Staaten, die anstelle des Praevaricationstatbestandes eine allgemeine Strafnorm für Pflichtverletzung der zu öffentlichen Verrichtungen aufgestellten Personen enthalten und zwar unter der Rubrik "Mißbrauch des öffentlichen Vertrauens" dürften als Rechtsschutzgut die durch die Pflichtverletzung gefährdeten Interessen des Einzelnen angesehen haben, da Begriffe wie "Integrität oder Gradlinigkeit der Rechtspflege" der damaligen Vorstellungswelt fremd waren und die allgemeine Norm der Pflichtverletzungen ihr geschichtliches Urbild in der gemeinrechtlich entwickelten Lehre der Praevarication hatte, die auf einen allgemeinen Untreuebegriff zurückgriff. Man kann daher davon ausgehen, dass die unter Berücksichtigung des öffentlich-rechtlichen Charakters der Rechtsbeistände erfolgte neue Eingruppierung der Praevarication unter die Amtsdelikte oder eine ähnliche Kategorie nicht zu einer Änderung hinsichtlich der Auffassung über das geschützte Rechtsgut führte.

Was das geltende Recht anbetrifft, so können aus der Eingruppierung der Praevarication unter die "Verbrechen und Vergehen im Amt" wie schon die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben, keine Folgerungen über das geschützte Rechtsgut gezogen werden, obwohl die Delikte in den neueren Strafgesetzbüchern nach den Rechtsgütern, die sie in erster Linie bedrohen, eingeteilt zu werden pflegen.

Für die Nichtberücksichtigung der Eingruppierung spricht aber noch folgendes:

Als das Reichsstrafgesetzbuch vom 30.5.1870 in Kraft trat, war die rechtliche Stellung der Anwälte in den Bundesländern durchaus verschieden. In mehreren Ländern z.B. in Preussen waren die Anwälte noch Beamte. Alle Strafbestimmungen, die sich auf Beamte bezogen

oder die Beamtenqualität als straferschwerenden Umstand ansahen, hätten daher in diesen Ländern auf die Anwälte angewandt werden müssen, wenn § 359 StGB nicht ausdrücklich bestimmt hätte, daß die Anwälte keine Beamte im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches seien. Damit wäre die rechtliche Stellung der Anwälte in einer wichtigen Beziehung geregelt gewesen, wenn nicht durch § 31 II StGB, der die Anwaltschaft zu den öffentlichen Ämtern im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches zählt, neue Zweifel aufgetaucht wären.

Staatsrechtlich gesehen gibt es kein öffentliches Amt ohne gleichzeitige Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse. Soweit die Anwälte keine Beamte mehr waren oder zu den für besondere Verrichtungen öffentlich aufgestellten Personen rechneten, waren sie freiberuflich tätig und als solche auch nicht Träger eines öffentlichen Amtes.¹⁾ Die Zulassung zur Anwaltschaft als öffentlich-rechtlich anerkannter Rechtspflegeinstitution macht die Tätigkeit des Anwalts keinesfalls zu einem öffentlichen Amt. Auch der Hinweis, daß der 28. Abschnitt des StGB sich nicht nur auf die eigentlichen, sondern auch auf die uneigentlichen Amtsdelikte beziehe, ist in diesem Zusammenhang bedeutungslos.²⁾

Den in den §§ 334 und 336 StGB aufgeführten Amtsträgern, die nicht Beamte sind, wie Schiedsrichtern, Schöffen und Geschworenen sind in ihrer genannten Eigenschaft tatsächlich öffentlich-rechtliche Befugnisse übertragen worden. Indessen üben sie diese Amtstätigkeit im Gegensatz zum Anwalt nicht beruflich aus. Dem Anwalt sind aber -auch nicht im Einzelfall -niemals öffentlich-rechtliche Befugnisse übertragen worden, soweit er freiberuflich tätig ist.

Wenn § 31 II StGB die Anwaltschaft trotzdem zu den "öffentlichen Ämtern" zählen würde, so könnte man nur von einer nicht verständlichen Fiktion sprechen.³⁾ Eine andere Erklärung liegt jedoch näher:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß der Wortlaut des § 31 II keineswegs zu dem Schluß zwingt, daß in § 31 II der Begriff des öffentlichen Amtes definiert werden sollte, die Anwaltschaft also als ein öffentliches Amt zu gelten habe. Zwingend ist nur, daß überall dort im Strafgesetzbuch, wo der Begriff des öffentlichen Amtes auftaucht, die Anwaltschaft auch jeweils mit einbegriffen ist.⁴⁾ Gegen die Annahme der Anwaltschaft als öffentliches Amt spricht aber auch die systematische Stellung des § 31 II StGB.

1) vergl. LK Note 2 zu § 356. Das öffentliche Amt könne nicht weiter reichen als der strafrechtliche Beamtenbegriff ginge.

2) a.A. das RG in JW 1918 S. 140 - RGSt 51 S. 220 (222)

3) vergl. Wolff S. 78, Becker S. 54

4) so Becker S. 15/16, Homann S. 44, Laue S. 16, Riffel S. 25

Die Definition des Beamten im strafrechtlichen Sinne befindet sich in einem eigenen Paragraphen am Schluss des Abschnitts "Verbrechen und Vergehen im Amt". In demselben Abschnitt sollte sinn- gemäss auch eine Definition des öffentlichen Amtes enthalten sein.

Statt dessen ist von dem öffentlichen Amt in dem Ab- schnitt "Von der Bestrafung der Verbrechen, Vergehen und Über- tretungen im allgemeinen" die Rede, also in einem Zusammenhang, der von Natur aus keine Beziehung zum öffentlichen Amt hat. Speziell ist die Einbeziehung der Anwaltschaft unter die öffentli- chen Ämter einer Bestimmung über die rechtlichen Folgen einer Verurteilung zu Zuchthaus als Absatz II angehängt. Die nahe Be- ziehung zu dem Inhalt des Absatz I ergibt sich, abgesehen von dem räumlichen Zusammenhang, auch daraus, dass Absatz I von dem Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter spricht und Absatz II nun erklärt, was hier unter öffentlichen Ämtern zu verstehen ist. Es liegt daher die Folgerung nahe, dass § 31 II nur besagen will, daß überall dort, wo im Zusammenhang mit einer Verurteilung vom Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentli- cher Ämter die Rede ist, auch die Anwaltschaft mit einbegriffen ist. Wäre dies nicht im § 31 II gesagt worden, so hätte es in den §§ 33 - 36, die in Verbindung mit einer Verurteilung von den öffentlichen Ämtern sprechen, jeweils neu gesagt werden müssen.

Folgt man diesem Gedankengang hinsichtlich der Auslegung des § 31 II, so ergibt sich daraus, dass die für den Rechtsbei- stand durch § 356 geforderte amtliche Eigenschaft jedenfalls aus § 31 II nicht entnommen werden kann, weil eben der Begriff des öffentlichen Amtes nicht bestimmt werden sollte.

Wenn § 356 von einem Dienen "vermöge seiner amtlichen Eigen- schaft" spricht, so ist dies geschichtlich nur aus der Übernahme des bewährten § 329 prStGB zu verstehen, der im Hinblick auf die gerichtlichen Anwälte und sonstigen Rechtsbeistände wegen ihres Beamtencharakters zu Recht vom Dienen "vermöge seiner amtlichen Eigenschaft" spricht. An eine Änderung der Gesetzesfassung und eine anderweitige systematische Einordnung hat man wohl deshalb nicht gedacht, weil Anwälte und Advocaten bei Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches noch in einigen Ländern Beamte waren oder beamtenähnlichen Charakter hatten.

Vertritt man dagegen die Ansicht, dass § 31 II den Begriff des öffentlichen Amtes im Sinne des StGB bestimmen wollte, der Gesetz- geber mithin die Anwaltschaft als öffentliches Amt ansah, so dass ein Dienen des Rechtsbeistandes "vermöge seiner amtlichen Eigen- schaft" erfolgte, so ist eine Amtsträgerschaft und damit ein

Handeln "vermöge seiner amtlichen Eigenschaft" zumindest für die Zeit seit Inkrafttreten der Rechtsanwaltsordnung d.h. seit dem 1.10.1879 doch deshalb abzulehnen, weil der Anwalt und die weiter infrage kommenden Rechtsbeistände seitdem eine freie, unabhängige Tätigkeit und damit kein öffentliches Amt mehr ausüben. Die systematische Einordnung im Abschnitt der "Verbrechen und Vergehen im Amt" ist daher verfehlt.¹⁾

Die Tätigkeit des Anwalts liegt zwar im öffentlichen Interesse, da es zu den vornehmsten Aufgaben des Staates gehört, dafür zu sorgen, daß jeder gemäß der vom Staat verkündeten Rechtsordnung unter Berücksichtigung der rechtsstaatlichen Grundsätze auch sein Recht erhält. Die Freiheit des Berufes wird aber durch den institutionellen Charakter der Anwaltschaft nicht berührt. Wenn der Staat auch im Interesse einer geordneten Rechtspflege die Voraussetzungen festlegt, unter denen eine Rechtsbeistands-tätigkeit ausgeübt werden darf, um zu verhindern, dass ungeeignete und unwürdige Personen Schaden anrichten, so bleibt die Anwalts-tätigkeit doch ein freier, unabhängiger Beruf und ist kein "Dienst" für den Staat.²⁾

Der Staat hat sich die Anwaltschaft auch nicht zur Garantierung der Rechtsordnung geschaffen.³⁾ Die Inanspruchnahme der Hilfe rechtskundiger Personen zur Durchsetzung oder Abwehr von Rechtsansprüchen hat wohl zu allen Zeiten einem natürlichen Bedürfnis der Rechtsschutzsuchenden entsprochen. Die Anwaltschaft hat lange genug um ihre Unabhängigkeit gerungen, weil sie mit Recht der Meinung war, nur bei vollständiger Unabhängigkeit vom Staat aber auch vom Mandanten die sich gesetzte Aufgabe, nämlich den Dienst am Recht, erfüllen zu können.

Auch für andere wichtige freie Berufe z.B. den ärztlichen Dienst hat der Staat genaue Vorschriften über die Zulassung herausgegeben. Es würde aber wohl niemand auf den Gedanken kommen, dass das Vertrauen, das der Patient dem Arzt schenkt, darauf beruhe, dass der Staat durch Vorschriften dafür gesorgt habe, daß der Patient zur Ärzteschaft schlechthin Vertrauen haben könne. Nicht anders ist

1) Dies ist die fast einhellige Meinung im Schrifttum, so u.a. von Liszt § 179 XI 1, Binding II 2 S.580, Frank N.1 zu § 356 a.A. Hälschner II S. 1083, Oppenheim "Objekte des Verbrechens" S. 369, Olshausen N. 1 zu § 356

2) Auch der Verteidiger, der nicht Rechtsanwalt ist, ist nicht Inhaber eines öffentlichen Amtes im Sinne des § 31 II StGB so HEST 2 S. 135. Bestritten ist sogar seine Stellung als Organ der Rechtspflege, so Alexander ZWST 51 S. 57, Behling in LZ 1927 S. 518; indessen dürfte die Organeigenschaft für den hier vertretenen Standpunkt nicht ausschlaggebend sein.

3) Vergl. Ebner S. 22

es aber bei der Anwaltschaft. Das Vertrauen zu ihr oder den sonstigen vom Staat zur Rechtsbeistandschaft zugelassenen, überprüften Personen kann daher nicht die Grundlage für das geschützte Rechtsgut sein.

Die Beziehung zwischen Rechtsbeistand und Mandant hat zwar nicht immer eine privatrechtliche Grundlage. Durch die Beiordnung als Armenanwalt oder Bestellung als Pflichtverteidiger entsteht ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zum Staat. Der Anwalt ist dem Staat gegenüber verpflichtet, die Belange der ihm anvertrauten Personen nach bestem Können im Rahmen der Beiordnung bzw. Bestellung zu wahren. Damit nimmt der Anwalt aber nicht eine öffentliche Aufgabe wahr. Seine Rechte und Pflichten sind dieselben, wie sie würden, wenn das Mandat aufgrund eines Mandatsvertrages übernommen wäre. Die Unabhängigkeit des Anwalts wird durch den öffentlichen Auftrag, der keine Anweisungen beinhaltet, nicht berührt. Der einzige Unterschied zum Regelvertrag besteht darin, daß als Auftraggeber der Staat erscheint, der trotz Vorbehalts, den beizuordnenden Anwalt im Einzelfall auszuwählen, durch weitgehende Berücksichtigung der Wünsche des Rechtsschutzsuchenden die Grundlage zur Herstellung einer Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsbeistand und der zu betreuenden Person schafft.

Der Anwalt kann auch in Armensachen erst aufgrund einer Vollmacht der Armenpartei d.h. erst dann, wenn diese ihm ihr Vertrauen geschenkt hat, tätig werden. Ein Anwalt wird regelmässig nicht gegen seinen Willen einer Armenpartei beigeordnet. Die Wünsche der Armenpartei hinsichtlich Beiordnung des Anwalts ihres Vertrauens werden regelmässig berücksichtigt. Pflichtverteidigungen werden nur solchen Anwälten übertragen, die zur Übernahme von Pflichtverteidigungen bereit sind. Auch für die Vertretung vor den Kollegialgerichten stehen der Partei genügend Anwälte zur Auswahl zur Verfügung, da ein Anwalt regelmässig nicht nur beim Amtsgericht, sondern auch beim übergeordneten Landgericht zugelassen ist. Die Partei ist daher nicht auf einen bestimmten Anwalt angewiesen, dem sie ihr Vertrauen schenken "muss".

Die Einführung des Anwaltszwanges vor den Kollegialgerichten und der notwendigen Verteidigung liegt zu einem wesentlichen Teil im Interesse des rechtssuchenden Publikums, da eine sachgemässe Wahrnehmung der eigenen rechtlichen Interessen ohne anwaltliche Hilfe meistens nicht möglich ist. Die Einführung des Anwaltszwanges bei den Kollegialgerichten beruht daher wesentlich auf der Fürsorgepflicht des Staates gegenüber seinen Bürgern, berührt aber das zwischen Anwalt und Mandant abzuschliessende Vertragsverhältnis

nicht. Gründe, den Rechtsanwalt als Träger eines besonderen öffentlichen Vertrauens, das dann Objekt des Rechtsschutzes wäre, anzusehen, sind daher nicht gegeben.¹⁾ Auch § 31 Ziff. 2 RAO, der dem Rechtsanwalt ein Dienen untersagt, wenn er in derselben Rechtssache bereits der Gegenpartei im entgegengesetzten Sinne gedient hat, gestattet keine Rückschlüsse auf das geschützte Rechtsgut.²⁾ Abgesehen davon, daß § 31 Ziff. 2 RAO sich nur auf die Rechtsanwälte und nicht auf alle Rechtsbeistände des § 356 bezieht, kann der Gesetzgeber auch nicht an die Rechtsanwaltsordnung gedacht haben, weil diese erst einige Jahre nach Inkrafttreten des RStGB erlassen wurde.³⁾⁴⁾

Nachdem nun im einzelnen dargelegt ist, warum aus den Worten "vermöge seiner amtlichen Eigenschaft" und der systematischen Stellung der Norm im Strafgesetzbuch und der Art der Begründung der Beistandstätigkeit im Einzelfall keine Rückschlüsse auf das geschützte Rechtsgut gezogen werden können, erhebt sich die Frage, welche Umstände, von der geschichtlichen Entwicklung abgesehen, denn einen Schluss auf das geschützte Rechtsgut zulassen.

Der Wortlaut des § 356 bietet nur einen Anhaltspunkt in den Worten "anvertrauten Angelegenheiten".⁵⁾ "Anvertraut" bedeutet, dass die Angelegenheit dem Rechtsbeistand aufgrund eines Vertrauensverhältnisses übertragen wurde. Die Überzeugung des Mandanten, dass sein Rechtsbeistand die anvertrauten Interessen treu und sachgemäss wahrnehmen werde, bildet also die Grundlage der Beziehung zwischen ihnen. Praevarication ist der Bruch dieses Treueversprechens oder, wie auch das Wort Parteiverrat besagt, der Verrat an der eigenen Partei durch Dienst am Gegner in derselben Rechtssache. Dieses Treueversprechen ist dem zwischen Mandant und Rechtsbeistand

-
- 1) Es erscheint gekünstelt, wenn Decker S. 54, Gnodtke S. 13, Weimar S. 28 und Wolff S. 80 die amtliche Eigenschaft des Anwalts in seiner Stellung als Rechtspflegeorgan sehen wollen. Wenn die Zulassung freier Rechtsbeistandstätigkeit im Interesse der Rechtsstaatlichkeit der Rechtspflege als notwendig erachtet wird, so erscheint es verfehlt, in solcher Tätigkeit eine amtliche Eigenschaft zu erblicken.
 - 2) näheres über das Verhältnis von § 356 StGB zu § 31 RAO S. 172 f
 - 3) Ob dem weiteren Gebot der RAO, auch den Anschein widerstreitender rechtlicher Interessen zu vermeiden, ausschliesslich oder in erster Linie Interessen der Allgemeinheit zugrunde liegen und ob hieraus Rückschlüsse bezüglich des Zweckes des § 31 Ziff. 2 zu ziehen sind, braucht deshalb nicht geprüft zu werden.
 - 4) In JW 37 S. 3304 erklärt das RG, daß es dem § 356 auch entspreche, daß § 27 des Entwurfs der RAO (später § 31 Ziff. 2 RAO) die Ausübung der Berufstätigkeit unter gewissen Voraussetzungen verbiete. Also hat nicht § 31 Ziff. 2 bezw. § 27 des Entwurfs den § 356 StGB beeinflusst, sondern umgekehrt hat die Strafbestimmung auf die entsprechende Bestimmung der RAO zurückgewirkt.
 - 5) so Hogrefe in einem Gutachten für den Ausschuss der RA-Kammern.

geschlossenen Vertrag immanent. Es äussert daher auch solange seine Wirkung, als noch Rechtsfolgen aus der dem Anwalt anvertrauten Angelegenheit vorhanden sind.¹⁾

Die älteren, noch mit dem Particularstrafrecht vertrauten, Kommentatoren rechnen, soweit sie zu der Frage des geschützten Rechtsgut Stellung nehmen, die Praevarication meistens unter die Untreue²⁾. Verkannt wurde keineswegs, daß die Untreue im geltenden Recht als Vermögensdelikt ausgestattet ist. Als der Praevarication und der Untreue gemeinsam wurde jedoch der Mißbrauch einer privaten-rechtlichen oder tatsächlichen Vertrauensstellung und der sich aus ihr ergebenden "Macht"befugnis angesehen.

Binding³⁾ hat wohl als erster die Ansicht vertreten, daß die Strafnorm - nicht beschränkt auf das Prozeßverbrechen - zum Schutz der Integrität der Rechtspflege aufgestellt sei. Täusche der Rechtsbeistand das in ihn vom Mandanten gesetzte Vertrauen, indem er zum Gegner überginge, so führe er eine Rechtsunsicherheit herbei, welche die Rechtspflege schädige. Der aus dem Vertrauensbruch für den Einzelnen möglicherweise entstehende Schade, der nicht Vermögensschaden zu sein brauche, komme erst in zweiter Linie in Betracht.

Das RG und später der Bundesgerichtshof haben sich dieser Auffassung im grossen und ganzen angeschlossen, jedoch keine klare Linie eingehalten. In RGSt 49 S. 344 wird als Grund des § 356 herausgestellt, daß ohne die Vorschrift die Gefahr des Mißbrauchs des Vertrauens der zuerst vertretenen Partei naheliege, was doch wohl bedeuten soll, daß das Vertrauen des Auftraggebers zum Rechtsbeistand als das geschützte Rechtsgut anzusehen sei. Es hat hiernach den Anschein, als ob die Entscheidung, auf die übrigens BGHSt 5 S. 306/37 Bezug nimmt, die besondere personale Beziehung zwischen Rechtsbeistand und Mandant als geschütztes Rechtsgut herausstellen wolle.⁴⁾ Der BGH erklärt jedoch in der letztgenannten Entscheidung weiter, dass eine allgemeine Entbindung von der Treuepflicht unwirksam wäre, weil die genannten Vorschriften - gemeint sind § 356 StGB und § 37 I Nr. 2 RAnwObrZ - das Ansehen des Anwaltstandes als eines wichtigen Organs der Rechtspflege wahren sollten.⁵⁾ Wenn die Gewähr-

1) näheres S. 67 ff

2) so Fröh 126 f Loening S. 116, Merkel S. 331, Meves in HH III S. 1016, Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 504, Schütze S. 479

3) "Lehrbuch" II 2. S. 581; nach ihm Ebner S. 17, Kohlrausch-Lange II zu § 356 und andere.

4) Kalsbach "Standesrecht" S. 191 kritisiert deshalb auch diese Entscheidung; sie stelle zu sehr auf die Verletzung der Treuepflicht, den Untreuegedanken ab.

5) a.A. OLG Hamburg in "Hanseatische Rechtszeitschrift" VII. Jahrg. S. 471 Nr. 153. § 356 solle nicht der Würde und dem Ansehen des Anwaltsstandes dienen, sondern gegen den Verrat schützen.

Wenn die Gewährleistung der Treue des Anwalts das entscheidende Kriterium ist, muß folgerichtigerweise der Mandant auch in der Lage sein, den Rechtsbeistand von dieser Treuepflicht zu entbinden, es sei denn, daß die Entbindung als sittenwidrig anzusehen ist.¹⁾ Diese notwendige Folgerung will aber der BGH offensichtlich nicht ziehen und erklärt deshalb, indem er praktisch den Inhalt des Vordersatzes widerruft, unter Bezugnahme auf RGSt 71 S. 253, daß nicht die Gewährleistung der Treue des Rechtsbeistandes sondern die im öffentlichen Interesse gelegene Wahrung der Reinheit des Anwaltstandes das Objekt des Rechtsschutzes wäre.

In RG JW 1929 S. 3169 wird als Rechtsschutzobjekt das Vertrauen des rechtsuchenden Publikums in die Berufstreue des Rechtsbeistandes der ungetreuen Benachteiligung des Auftraggebers durch den Sachwalter gegenübergestellt.²⁾

Nach BGH 4 STR 381/54 vom 24.III.55³⁾ dient § 356 in der Hauptsache dem öffentlichen Interesse, nämlich der Wahrung der Reinheit des Anwaltsstandes⁴⁾ und damit der Rechtspflege überhaupt. Ähnlich äussert sich der BGH in 3 STR 252/53 vom 16.7.1953. § 356 und die Rechtsanwaltsordnung dienen überwiegend der Erhaltung der Lauterkeit des Anwaltsstandes als eines Organs geordneter Rechtspflege und dem Schutze ihres Ansehens, nicht den privaten Interessen. Eine neuere Entscheidung, 1 STR 39/55 vom 15.11.1955, betont, daß das Vergehen sich nicht allein gegen die Rechtspflege richte sondern auch die Rechte der früheren Partei betreffe, weshalb diese als Verletzte im Sinne des § 61 Nr. 2 StPO anzusehen sei.

Einmal wird also die Berufstreue, das andere Mal das Ansehen, die Lauterkeit und die Reinheit des Anwaltsstandes als das geschützte Rechtsgut herausgestellt, obwohl die letzten Begriffe sicherlich nicht die Berufstreue umschreiben. Das RG und der BGH geben keine Begründung, woraus die von ihnen angenommene Schutzfunktion des Gesetzes abgeleitet wird. Der Wortlaut des Gesetzes bietet keine Handhabe zur Annahme einer solchen Schutzfunktion. Ein allgemeines Vertrauen in die Berufstreue des Rechtsbeistandes, in seine Lauterkeit und Reinheit unabhängig von der jeweiligen personalen Beziehung ist auch nicht wirklichkeitsgerecht. Von einem allgemeinen Vertrauen könnte man höchstens in dem Sinne sprechen, daß der Staat durch Aufstellung von Vorschriften, die sich aber in erster Linie auf die Fähigkeiten und nicht auf die moralischen Qualitäten des Rechtsbeistandes beziehen, die Grundlage für die Ver-

1) näheres S. 230 f

2) so auch Homann S. 28, Laue S. 15.

3) Nur unveröffentlichte BGH-Entscheidungen werden mit Aktenzeichen und Verkündungsdatum aufgeführt.

4) Maurach (§ 81 II A 2) spricht vom Vertrauen in die Reinheit der

trauensbeziehung zwischen Mandant und Rechtsbeistand schafft. Im übrigen ist dieses allgemeine Vertrauen nicht anders zu bewerten als das Vertrauen in die Rechtssicherheit, die der Staat dem einzelnen bezüglich seiner persönlichen Rechtsgüter wie z.B. des Eigentums durch die Unterhaltung der Polizei bietet. Die Verletzung des Eigentums betrifft aber immer nur ein Rechtsgut des einzelnen und nicht der Allgemeinheit.

Wenn das RG die Berufstreue als geschütztes Rechtsgut herausstellt, so fragt sich, was denn eigentlich geschützt werden soll. Der Begriff der Berufstreue ist so allgemein gehalten, daß darunter alles mögliche aber nicht die spezielle Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsbeistand und Mandant, wie sie sich aus dem Mandatsvertrag ergibt, zu verstehen ist. Das gleiche gilt, wenn das Ansehen, die Reinheit und Lauterkeit des Anwaltsstandes als das geschützte Rechtsgut herausgestellt werden. Das Ansehen der Anwaltschaft ist von vielen Faktoren abhängig. Es kann auf vielerlei Weise infrage gestellt werden; der Parteiverrat ist nur eine dieser zahlreichen Möglichkeiten. Die Begriffe "Reinheit und Lauterkeit des Anwaltstandes" sind auch zu allgemein gehalten, als daß sie spezieller Schutzgegenstand sein könnten. Wenn sie Schutzgegenstand wären, würden sie auch nur in engbegrenztem Umfang geschützt, da, wie bereits gesagt¹⁾, nicht strafbare Verhaltensweisen denkbar sind, die strafwürdiger erscheinen als manche der unter § 356 I StGB fallenden Handlungen. Warum sollten auch die genannten Eigenschaften des Anwalts als Schutzgegenstand einer Strafnorm herausgestellt werden! Hat nicht die Allgemeinheit ein ebensolches Interesse daran, daß Berufstreue, Reinheit und Lauterkeit auch den anderen selbständigen Berufsstände - von den Beamten ganz abgesehen - gewahrt bleiben! Es ist nicht einzusehen, warum gerade die Verletzung der Berufstreue, Reinheit und Lauterkeit im Beruf nur bei Rechtsbeiständen in dem engen Rahmen des § 356 unter Strafe gestellt werden sollte. "Folgen" der Verletzung der Berufstreue, der Reinheit und Lauterkeit im Beruf brauchen auch im Rahmen des § 356 nicht eingetreten zu sein, so daß auch aus diesem Grunde bei solchen Verletzungen kein grundsätzlicher Unterschied zwischen Rechtsbeiständen und anderen Angehörigen eines selbständigen Berufsstandes festzustellen ist. Solche Verletzungen zu ahnden, ist Sache der Ehrengerichte der selbständigen Berufsstände. Das in § 356 geschützte Rechtsgut muß daher ein anderes sein, zumal auch die Wortfassung nicht auf ein solches allgemeines Rechtsgut hindeutet.

Der Bundesgerichtshof zeigt aber noch in einer weiteren Beziehung keine klare Linie. In der Entscheidung des RG in JW 1929 S. 3169 wird erklärt, daß nicht die ungetreue Benachteiligung des Auftraggebers sondern das Vertrauen in die Berufstreue des Rechtsbeistandes geschützt werden sollte. Die BGH Entscheidungen und RG St 71 S. 253 sprechen von zwei Rechtsgütern, dem Vertrauen in die Reinheit und Lauterkeit des Anwaltstandes und dem Schutz des von der Partei geschenkten Vertrauens, doch überwiege das Rechtsgut der Allgemeinheit,¹⁾ das zurücktretende Interesse des einzelnen habe daher im gesetzlichen Tatbestand auch keinen Ausdruck gefunden. Nach der Entscheidung des BGH 1 StR 39/55 vom 15.XI.55 hat es aber den Anschein, als ob die Rechtspflege und die Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsbeistand und Mandant als zwei gleichwertige Rechtsgüter geschützt werden sollten, da andererseits die verratene Partei nicht als Verletzte im Sinne der StPO angesehen werden könnte.

Die Annahme, dass der Gesetzgeber durch § 356 zwei Rechtsgüter gleichzeitig habe schützen wollen, von denen das eine das Interesse des einzelnen, das andere das der Allgemeinheit betreffe, widerspricht auch dem Aufbau des StGB im System der Straftaten nach Rechtsgeschützten. Zwar kann im Einzelfall eine Strafnorm dem Schutz von zwei gleichwertigen Rechtsgeschützten dienen z.B. beim Raub des Eigentums und der persönlichen Freiheit. Es handelt sich dann aber jeweils um zwei Rechtsgüter, die entweder den einzelnen oder die Allgemeinheit betreffen. Der Gesetzgeber hat aber im allgemeinen Rechtsgüter des einzelnen und der Allgemeinheit nicht als gleichwertige Rechtsgüter in einer Strafnorm herausgestellt. So gibt z.B. auch bei der falschen Anschuldigung des § 164 StGB, die dem Anscheine nach gewisse Parallelen zu § 356 aufweist, die Gefährdung der Rechtspflege der Handlung ihr Gepräge; der Schutz des Verletzten, der sich aus der Veröffentlichungsbefugnis des § 165 StGB ergibt, tritt daneben zurück.²⁾

Einmal stellt also das Reichsgericht die personale Beziehung als das (allein) geschützte Rechtsgut heraus.³⁾ Ein anderes Mal⁴⁾ werden das Vertrauen in die Anwaltschaft bzw. das Ansehen, die Lauterkeit und Reinheit des Anwaltsstandes als die durch § 356 geschützten Rechtsgüter bezeichnet und daneben der Schutz des einzelnen; das Rechtsgut des einzelnen soll jedoch erst in zweiter Linie in Betracht kommen. eine weitere Entscheidung⁵⁾ sieht die

1) so BGH 3 StR 252/53 vom 16.7.53 und 4 StR 381/54 vom 24.3.55
2) so Schönke-Schröder I zu § 164 StGB, RGSt 59 S. 35 Maurach § 77 I A, anderer Ansicht Frank I zu § 164. Dieser nimmt eine Doppelnatur des Delikts an.

Rechtspflege und die Rechte der zuerst vertretenen Partei als gleichwertige Rechtsgüter an. Einen gedanklichen Bruch enthält eine BGH-Entscheidung¹⁾ insofern, als mit der Herausstellung des Ansehens der Anwaltschaft als geschütztes Rechtsgut die im Vordersatz durch Bezugnahme auf RGSt 49 S. 344 aufgestellte Behauptung, dass die Erhaltung der Vertrauensbeziehung zwischen Anwalt und Mandant der Grund des § 356 sei, zurückgenommen wird.

Eine weitere Unklarheit dürfte auch darin liegen, daß die Entscheidung des Bundesgerichtshofes regelmässig nur von dem Ansehen, der Reinheit und Lauterkeit des Anwaltsstandes sprechen, § 356 aber den Anwalt nur als einen Rechtsbeistand neben anderen aufführt, so dass schon aus diesem Grunde die genannten Eigenschaften des Anwaltsstandes für die Frage des geschützten Rechtsguts nicht allein ausschlaggebend sein können. Der Bundesgerichtshof lässt auch eine Begründung für die Annahme der verschiedenen Rechtsgüter als Schutzfunktion des Gesetzes vermissen. Er kann eine Begründung auch weder aus der geschichtlichen Entwicklung, den Materialien zum Gesetz noch aus seinem Wortlaut entnehmen. Es ist auch auffällig, daß die Interessen der Allgemeinheit als Rechtsschutzobjekt zu einer Zeit in den Vordergrund gestellt werden, in der die Anwaltschaft, die in erster Linie zur Rechtshilfe "berufen" ist, ihre Tätigkeit in völliger Freiheit und Unabhängigkeit ausüben kann, während die vorausgehende Zeit, als die Anwaltschaft und die ihr gleichstehenden Funktionsträger noch ein öffentliches Amt oder amtsähnliche Tätigkeit ausübten, in erster Linie die Treulosigkeit d.h. den Bruch des Treueversprechens des Rechtsbeistandes gegenüber seinem Mandanten und damit die personale Beziehung als das geschützte Rechtsgut ansah.

Die Tatsache, daß § 356 keineswegs klar erkennbare Interessen der Allgemeinheit als geschütztes Rechtsgut herausstellt, hat dazu geführt, daß erhebliche Unklarheit darüber entstanden ist, welche Interessen der Allgemeinheit durch § 356 denn besonders geschützt werden sollten. Neben den vom Bundesgerichtshof genannten Rechtsgütern, die aus der Art der Begründung des Treueverhältnisses oder aus der Stellung der Rechtsbeistände hergeleitet werden,

3) RGSt 49 S. 342 (344)

4) RG in JW 1929 S. 3169, RGSt 71 S. 253, BGH 3 StR 252/53 vom 16.7.1953 und 4 StR 381/54 v. 24.3.55

5) 1 StR 39/55 vom 15.11.55

1) BGH St 5 S. 306/307

werden solche genannt, die sich von den Folgen der strafbaren Handlung ableiten. Als solche werden angeführt die Gefährdung der Rechtspflege, Schutz der Integrität der Rechtspflege¹⁾, Unverbrüchlichkeit der Rechtsausübung²⁾ und Vertrauen in die Rechtsbeistandsinstitution.³⁾

Was die Gefährdung der Rechtspflege angeht,⁴⁾ - von solcher kann im herkömmlichen Sinne nur hinsichtlich eines Teils der Beistandstätigkeit, nämlich der Prozessvertretung, die Rede sein - so kann eine solche durch den Übergang zum Gegner jedenfalls für den Regelfall nicht angenommen werden.⁵⁾ Der Richter entscheidet in voller Unabhängigkeit von den Parteiansichten lediglich aufgrund des vorgetragenen Sachverhalts und des Beweisergebnisses. Der Übergang kann im Einzelfall sogar der Förderung der Gerechtigkeit dienen, wenn der Gegner, der im Recht war, seine Rechte nicht sachgemäß wahrnehmen konnte. Eine solche Gefährdung wird auch durch die doppelte Beratung ausserhalb eines Prozesses regelmässig nicht eintreten, es sei denn, dass sich der Rechtsbeistand noch weitere Pflichtverletzungen zuschulden kommen läßt z.B. durch vorsätzlich falsche Beratung. Gefährdet werden durch das strafwürdige Verhalten des Rechtsbeistandes in erster Linie die Interessen des Einzelnen nicht der Allgemeinheit.⁶⁾

In neuerer Zeit haben einige Schriftsteller⁷⁾ eine weitere Akzentverschiebung hinsichtlich des geschützten Rechtsguts vorgenommen. Nicht die Rechtspflege als solche sondern die Gradlinigkeit, die Linie des einmal gefaßten Entschlusses soll durch § 356 geschützt sein.

Wenn mit diesem angeblich geschützten Rechtsgut gleichzeitig gesagt sein soll, daß der Rechtsbeistand in keinem Falle in derselben Rechtssache einen Parteiwechsel vornehmen dürfe, so

1) Kohlrausch-Lange II zu § 356, ähnlich Mezger "Studienbuch" AT § 36 II, Welzel in JZ 1952 S. 278 und Decker S. 60.

2) Lange in JZ 1956 S. 75 rechte Spalte oben

3) Wolff S. 81/82

4) Die Rechtspflege steht im allgemeinen auch nicht unter Strafschutz. Sie wird fast täglich durch Rechtsverfolgung von Zivilansprüchen wider besseres Wissen gefährdet, ohne daß ein Strafschutz eintritt; so "Denkschrift" in JW 1929 S. 986. Die Strafbestimmungen der §§ 145 d und 164 StGB gewähren auch nur Strafschutz, wenn es sich um Straftaten oder Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht handelt.

5) so Sauer S. 520

6) Nach Riffel S. 27 führt der Praevarikator eine Rechtsunsicherheit herbei.

7) so besonders Kalsbach in "Standesrecht" S. 389/391; noch in Anw.Bl. 1954 S. 188 sah K. allgemein die Schädigung der Rechtspflege als den tatbestandlichen Inhalt des § 356 an.

ist darauf hinzuweisen, daß die Gradlinigkeit deshalb nicht geschütztes Rechtsgut sein kann, weil dann der Parteiwechsel in jedem Falle für strafwürdig zu erachten wäre. Das Rechtsgut kann aber nicht nachträglich aus dem Umfang des für strafwürdig erachteten Verhaltens hergeleitet werden, sondern umgekehrt sind die Grenzen des strafbaren Verhaltens aus dem geschützten Rechtsgut abzuleiten. Regelmässig hat nicht die Allgemeinheit, sondern nur der einzelne Mandant ein Interesse daran, daß sein Rechtsbeistand in derselben Rechtssache nicht gleichzeitig oder nachfolgend die Interessen der Gegenpartei wahrnimmt. Es kann aber im Einzelfall so liegen, dass die Vertretung auch der Gegenpartei nicht nur seinem ausdrücklichen Willen sondern auch seinem wirklichen Interesse entspricht. Nur er kann entscheiden, was seinen Interessen wirklich dient. Gerade aus dem Treueverhältnis ergibt sich, daß der Rechtsbeistand nichts tun darf, was dem Willen und der Interessenlage, wie der Mandant sie sieht, widerspricht. Solange der Rechtsbeistand diese Interessen sachgemäss wahrnimmt, kann sein Verhalten nicht strafbar sein.¹⁾ Nicht das äusserlich erkennbare Tun,²⁾ hier der Übergang zum Gegner, der in der Öffentlichkeit möglicherweise mißdeutet werden kann, kann für die Frage, ob ein krimineller Unrechtsgehalt vorliegt, allein maßgebend sein sondern nur die Frage, ob in diesem Tun eine Verletzung der sich aus dem Mandatsvertrag ergebenden Verpflichtungen liegt.³⁾ Die Gradlinigkeit bzw. die Beibehaltung der einmal eingeschlagenen Linie kann schon deshalb nicht geschütztes Rechtsgut der Strafnorm sein, weil ein solches Verhalten wenigstens vom Strafgesetzgeber nicht in allen Fällen gefordert oder anders ausgedrückt, ein Abweichen von dieser Linie nicht in allen Fällen bestraft wird.

Es erübrigen sich daher auch weitere Ausführungen darüber, ob nur die Gradlinigkeit bzw. die Beibehaltung der einmal eingeschlagenen Richtung eine einwandfreie Begründung für das Verbot des Übergangs zum Gegner im Regelfall ermöglicht. Es bedarf aber auch der Gradlinigkeit als geschütztes Rechtsgut nicht, weil das Treueversprechen des Rechtsbeistandes in jedem Falle zur Begründung des Verbots ausreicht.

Der Treueanspruch des Mandanten gründet sich nicht auf die Richtigkeit der anvertrauten Tatsachen, auf die Berechtigung des

1) Näheres S 230 f

2) Häufig wird der Übergang zum Gegner nach aussen nur erkennbar sein, wenn er ohne Einverständnis des Erstauftraggebers erfolgt

3) Es wird nochmals darauf hingewiesen, daß die Frage, ob und inwieweit aus standesrechtlichen Erwägungen der Übergang zum Gegner in derselben Rechtssache zu mißbilligen ist, im Rahmen dieser Arbeit ausser Betracht bleibt.

geltend gemachten Anspruchs oder der Abwehrgründe, auf das mehr oder minder einwandfreie Verhalten des Mandanten gegenüber seinem Rechtsbeistand oder auf seine moralischen Qualitäten im allgemeinen sondern ausschließlich auf das mit Abschluß des Mandatsvertrages stillschweigend gegebene Versprechen, die Interessen des Mandanten sachgemäß zu wahren, was das Verbot des Übergangs zum Gegner in derselben Rechtssache ohne das Einverständnis des Mandanten in sich schließt. Eine Verwirkung dieses Treueversprechens kann daher nicht eintreten, gleichgültig wie sich der Mandant gegenüber seinem Rechtsbeistand verhält. Ein unaufrichtiges oder sogar treuloses Verhalten des Mandanten berechtigt den Rechtsbeistand keineswegs, nun seinerseits die Treue zu brechen. Er hat in einem solchen Falle die Möglichkeit, das Mandat fristlos zu kündigen. Das muß genügen.

Wolff¹⁾ will aus dem angeblich beschränkten Täterkreis schließen, daß das zu schützende Rechtsgut nicht das Vertrauen in den einzelnen Rechtsbeistand sondern in die vom Staat zur Verfügung gestellte Rechtsbeistandsinstitution sei.²⁾ Die Erfahrung lehrt schon, daß die Wahl eines Rechtsanwalts regelmässig nicht auf einen Zufall sondern auf eine Empfehlung zurückzuführen ist. Aber selbst dann, wenn weder eine Empfehlung, noch die Kenntnis persönlicher Qualitäten oder rechtlicher Fähigkeiten des ausgewählten Rechtsbeistandes zum Abschluß des Mandatsvertrages mit diesem geführt haben sollte, so ist doch regelmässig nicht das Vertrauen in die Institution als solche sondern die Überzeugung maßgebend gewesen, daß die zu vertretende Sache keines besonders ausgewählten Anwalts bedürfe. Hiervon abgesehen, können aus dem Umfang des Täterkreises auch keine Schlüsse auf das geschützte Rechtsgut gezogen werden, weil dieser nicht eindeutig festgelegt ist und möglicherweise gerade umgekehrt aus dem geschützten Rechtsgut Rückschlüsse auf den Umfang des Täterkreises zu ziehen sind.

Da die Interessen der Allgemeinheit, die - wie dargelegt - in den verschiedensten Schattierungen als Schutzgegenstand der Strafnorm präsentiert werden, vom Gesetzgeber nicht als geschütztes Rechtsgut herausgestellt sind, verbleibt als solches nur die besondere Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsbeistand und Mandant.

1) S. 128/129

2) Es ist bereits S. 17 gesagt worden, dass nicht der Staat die Rechtsbeistandschaft geschaffen habe - anderes besagen die Worte von Wolff auch nicht - sondern der Staat nur die Voraussetzungen für die Zulassung der in dieser oder jener Form seit langem vorhanden gewesenen Rechtsbeistandschaft festgelegt hat.

Daß diese der Schutzfunktion auch gerecht wird, ist noch näher darzulegen.

Die Rechtspflege als solche ist nicht Selbstzweck, sondern dient den berechtigten Interessen des einzelnen und findet darin auch ihre Grenze. Sie dient damit auch der Gerechtigkeit, soweit die Gesetze ihr dienen. Die berechtigten Interessen des einzelnen sind zugleich Interessen der Allgemeinheit, denn es ist Pflicht des Staates, welcher die Interessen der Allgemeinheit wahrnimmt, dafür zu sorgen, daß jeder die Möglichkeit hat, das zu erhalten, worauf er rechtlichen Anspruch hat. Wenn der Staat durch eine geordnete Rechtspflege hierzu die Grundlage schafft, so betreibt er damit Rechtspflege im besten Sinne des Wortes. Die Interessen der Allgemeinheit beginnen immer beim berechtigten Interesse des einzelnen, nicht bei einer Vielzahl von Interessen. Wo sollten auch die Interessen der Allgemeinheit beginnen, keinesfalls in der einfachen Summierung rechtlicher Interessen einzelner!

Im liberalen und sozialen Rechtsstaat ist es dem einzelnen überlassen, sich sein Recht selbst zu verschaffen. Die Möglichkeit hierzu ist durch die geordnete Rechtspflege, innerhalb deren auch die Rechtsbeistände in Freiheit und Unabhängigkeit tätig sind, gegeben. Die Ausübung der privaten Rechte hat ihre Grenzen in den vom Staat gesetzten Schranken. Diese Schranken ändern aber nichts an dem Charakter des Rechts als privatem Rechtsgut. Seine Verletzung richtet sich also gegen ein Rechtsgut des einzelnen.

Weil der einzelne bei der Durchsetzung seiner Rechtsansprüche auf die Hilfe eines Rechtsbeistandes angewiesen ist, ist der strafrechtliche Schutz der Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsbeistand und Mandant von besonderer Bedeutung. Diese Schutzbeziehung durch eine Strafnorm zu erhärten, besteht umsomehr Veranlassung, als das Vertrauen des Mandanten sich oft auf wichtige Dinge des persönlichsten Lebensbereichs bezieht.

Auf die besondere Vertrauensbeziehung deutet auch schon das für den Mandanten vielfach gebräuchliche Wort Klient hin.¹⁾

Wenn durch das verräterische Handeln des Rechtsbeistandes auch in der Rechtspflege möglicherweise etwas schief und krumm geworden ist, so ist das die Folge der Treulosigkeit des Rechtsbeistandes gegenüber dem Klienten. Geschütztes Rechtsgut ist daher primär der sich aus dem Mandatsvertrag herleitende Anspruch des Mandanten auf die Treue des Rechtsbeistandes, die

1) Klient kommt vom lateinischen cliens. Cliens war der Römer aus niedrigerem Stande, der seinem Patron Gefolgschaft und Treue schuldete und dafür vom Patron vor Gericht und in Not Schutz erhielt; siehe Stichwort "Klient" im Grossen Brockhaus. Ausgabe 1955 und auch Früh S. 1/2.

durch die Doppelvertretung verletzt wird. Der Schutz des Treueverhältnisses dient sekundär auch dem Bedürfnis einer geordneten Rechtspflege. Wie die Strafnormen in erster Linie im Falle eines Diebstahls oder Unterschlagung zum Schutz des Eigentums also eines Rechtsguts des einzelnen aufgestellt sind, so dienen sie sekundär dem Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung eines geordneten Besitzstandes. Diese sekundäre Schutzfunktion kommt aber in der Strafnorm nicht zum Ausdruck. Sie kann den Handlungswert mitbestimmen aber nicht die Deliktsrichtung. Durch den Schutz des primären Rechtsguts wird aber das sekundäre Rechtsgut zugleich mitgeschützt. Das letzte ist daher bei der Auslegung der Norm auch regelmässig ohne Bedeutung. Selbst wenn aber im Einzelfall durch eine Strafnorm sowohl ein Rechtsgut der Allgemeinheit als auch des einzelnen wie vielleicht im Falle des § 218 StGB geschützt werden sollte, so dürfte dieser gleichwertige doppelte Rechtsschutz doch keine Rückschlüsse auf das geschützte Rechtsgut des § 356 zulassen. Primäre Schutzfunktion des § 356 ist der Treueanspruch des Erst-auftraggebers. Hinter dieser tritt die sekundäre Schutzfunktion des § 356 zurück.

Die Strafnorm des § 356 schützt aber nicht das Treueversprechen des Rechtsbeistandes schlechthin. Nur der Treuebruch, der durch Übergang zum Gegner in derselben Rechtssache erfolgt, ist Gegenstand strafrechtlicher Ahndung. Der Schutz dieses Treueversprechens in dieser besonders gekennzeichneten Form genügt nach Ansicht des Gesetzgebers auch den Interessen des Mandanten. Die Praevariation ist also ein durch ein besonderes Angriffsmittel gekennzeichnetes Treuebruchdelikt.

Welzel stellt den Schutz der allgemeinen Rechtsgüter unter den umfassenderen, von der Aufgabe des Strafrechts abgeleiteten, Schutz der elementaren soziaethischen Gesinnungs (Handlungs)werte.¹⁾ Eine solche Wertverletzung stellt gerade die Treulosigkeit des Rechtsbeistandes im Rahmen des § 356 dar, weil es hier nicht auf einen möglicherweise eingetretenen Schaden ankommt, sondern, um mit Welzel zu sprechen²⁾ auf die reale Geltung (Befolgung) der Aktwerte rechtlicher Gesinnung.

Die Herausstellung dieser Vertrauensbeziehung steht im Einklang mit der geschichtlichen Entwicklung, mit dem Wortlaut der Strafnorm

1) "Das Deutsche Strafrecht" S. I ff, 47, 74. Eine kritische Stellungnahme kann im Rahmen dieser Arbeit nicht erfolgen.

2) aaO S. 2 unten.

soweit er uns Anhaltspunkte gibt und mit dem Sinn und Zweck der Strafbestimmung. Die systematische Einordnung des Delikts unter die Verbrechen und Vergehen im Amt steht nicht entgegen.¹⁾ Von geringerer Bedeutung ist die Frage, ob die Praevarication des geltenden Rechts als eine besondere Art der Untreue anzusehen ist.²⁾ Es geht auch nicht um die systematische Einordnung, die das geltende Recht festliegt sondern um den Schutz des Mandanten gegen die Treulosigkeit des Rechtsbeistandes. Erst lange Zeit nach Inkrafttreten des StGB gewann die Überzeugung Oberhand, daß die Praevarication ein Delikt gegen die Rechtspflege als solche oder in bestimmten Beziehungen sei. Es hat jedoch ausser den bereits erwähnten Schriftstellern der Anfangszeit auch in der Folgezeit solche gegeben, die die Treuebeziehung zwischen Rechtsbeistand und Mandant als das geschützte Rechtsgut ansahen.³⁾

In der letzten Zeit ist Hegrefe⁴⁾ für die Treuepflicht als das geschützte Rechtsgut eingetreten. Erstmals wohl vor einem grösseren Kreis wurde auf der Tagung des Strafrechtausschusses der Deutschen Rechtsanwaltskammern in Bremen⁵⁾ der gegen den Anwalt bestehende Treueanspruch als das geschützte Rechtsgut herausgestellt,⁶⁾ der sowohl bei direktem Mandantenauftrag oder behördlichem Auftrag oder Auftrag zugunsten eines Dritten gelte.

1) s.S.17

2) Sauer S. 520 nimmt dies an. Durch § 356 würden nicht nur Vermögensinteressen (Absatz II) sondern auch ideelle Interessen geschützt; a.A. Homann S. 27

3) so Friedländer zu RG in JW 1926 S. 1571 Note 1 B, anscheinend ebenso Alsberg ebenda Note 1 A, ferner Becker S. 43, Früh S. 126/28, Finger S. 209, Kadecka S. 282, von Liszt XI zu § 1 Cüppers in NJW 1950 S. 239 zu Nr. 24. Nicht ganz klar ist Schönke-Schroder Anm. 1 zu § 356, der von der Schädigung der Rechtspflege spricht, der Anwälte und Beistände zu dienen hätten und dann als Grundgedanken unter Bezugnahme auf Cüppers die Verletzung der durch den Mandanten begründeten Treupflicht herausstellt. Doerr ordnet in "Archiv für Strafrecht und Strafprozess" herausgegeben von Josef Kohler in seinem Aufsatz "Die Systematik des Besonderen Teils des Strafrechts" Band 64 S.51 die Praevarication unter die Untreue ein, ebenso Neumeyer in "Anwaltsvergehen" ebenda S. 24 und "Vergl. Darst." Band IX S. 504, der wieder auf Triepel in "Festschrift für Karl Binding" 1911 S. 219 ff verweist.

4) in einem Gutachten für den Ausschuss der Deutschen Rechtsanwaltskammern.

5) vom 7. - 9. Dezember 1956

6) Ob dies auch de lege lata gelten soll, ist nicht klar zum Ausdruck gekommen; siehe Kurzprotokoll über die Tagung.

3. Abschnitt.

Der objektive Tatbestand

I. Täterkreis

A) Allgemeines

Als Täter des Delikts kommen infrage ein Anwalt oder ein anderer Rechtsbeistand. Die Worte "anderer Rechtsbeistand" besagen, daß Täter nur Rechtsbeistände sein können und der Anwalt¹⁾ ein, wenn auch besonders herausgehobener, Rechtsbeistand neben anderen ist. Diesen Rechtsbeiständen müssen in ihrer amtlichen Eigenschaft Angelegenheiten anvertraut sein. Amtliche Eigenschaft können jedoch nur solche Personen besitzen, die entweder Beamte sind oder wenigstens ein öffentliches Amt innehaben. Da jedoch alle Personengruppen, die die Rechtsbeistandschaft beruflich betreiben wie Rechtsanwälte, Patentanwälte und Rechtsbeistände (Prozeßagenten), diese Tätigkeit nunmehr frei und unabhängig ausüben, soweit die Unabhängigkeit nicht immer schon ein Merkmal dieser Berufsgruppen seit ihrem Aufkommen war, kommen genau genommen die vorgenannten Berufsgruppen als Täter nicht infrage.²⁾

Rechtsprechung und Literatur wenden aber einhellig den § 356 wenigstens auf den Rechtsanwalt an, indem sie entweder davon ausgehen, daß der Anwalt ein öffentliches Amt ausübe oder aber die Worte "vermöge seiner amtlichen Eigenschaft" in dem Sinne seiner Eigenschaft als zugelassener Rechtsanwalt auslegen oder besser umdeuten.

Da die rechtliche Stellung des Anwalts im Sinne des § 356 nicht mit der heutigen rechtlichen Stellung des Anwalts, wie sie sich aus der Rechtsanwaltsordnung ergibt, übereinstimmt, besteht grose Unklarheit darüber, wer unter den "anderen Rechtsbeiständen" der Bestimmung zu verstehen ist.

Nicht nur die Rechtsanwälte, sondern auch die Patentanwälte und die Rechtsbeistände im Sinne des Rechtsberatungsmissbrauchsgesetzes vom 13.12.1935 gehören zu den Personen, die ihre Berufs-

1) richtig "Rechtsanwalt". Diese, auch in der Umgangssprache gebräuchliche Abkürzung dürfte auf den fast wörtlich übernommenen § 329 prStGB zurückzuführen sein, der vom gerichtlichen Anwalt spricht. Sachlich ist die Abkürzung ohne Belang.

2) Diese Konsequenz hat das RG - s.RC. in JW 1918 S.140 - auch gesehen, will ihr aber dadurch entgehen, daß es dem Anwalt ein Amt, welches er tatsächlich nicht hat, beilegt und die Worte "vermöge seiner amtlichen Eigenschaft" als "kraft seines Amtes" verstanden wissen will; der 28. Abschnitt des StGB enthalte nicht nur Beamten - sondern auch Amtsdelikte.
Siehe auch S. 15

tätigkeit in völliger Freiheit und Unabhängigkeit ausüben. Diese Freiheit und Unabhängigkeit sind so kennzeichnend für die Rechtsbeistandschaft, daß sich sogar die Frage erhebt, ob nicht alle Personen, die Beamte sind oder ein Amt ausüben und in ihrer Amtseigenschaft oder ausserhalb derselben Rechtsbeistandschaft ausüben, als Täter des § 356 ausscheiden. Zu diesem Ergebnis konnte das Reichsgericht deshalb nicht gelangen, da es den Rechtsanwälten gemäss § 31 II StGB Amtseigenschaft beilegt und nunmehr folgerichtig diejenigen, die ausserdem als Inhaber eines Amtes Rechtsbeistandschaft ausüben, als die "anderen Rechtsbeistände" ansieht.¹⁾ Hätte das Reichsgericht den Anwälten nicht die Amtseigenschaft beigelegt, so hätten sich nämlich ohne Umdeutung der "amtlichen Eigenschaft" auch keine Personenkreise für die "anderen Rechtsbeistände" gefunden. Was nun die Amtsträger angeht, die Rechtsbeistand innerhalb des Berufes nicht ständig gewähren, so handelt es sich hierbei keineswegs um Personenkreise, die bereits unter der Geltung des prStGB als die "anderen Rechtsbeistände" des § 329 angesehen wurden. Vielmehr handelt es sich um Amtspersonen bzw. Institutionen, die erst aufgrund von Gesetzen nach Gründung des Deutschen Reiches 1871 aufgekommen sind oder wenigstens die Rechtsbeistandschaft aufgrund solcher Gesetze ausüben. Es ist daher durchaus zweifelhaft, ob die Beamten und Amtsträger, die nicht ständig Rechtsbeistandschaft ausüben, als Täter des § 356 in Frage kommen.

B) Der Anwalt

Wenn wir den Rechtsanwalt in seiner heutigen Stellung als möglichen Täter ansehen, wobei es bedeutungslos ist, ob er im Einzelfall auf eigene Rechnung oder als Substitut tätig ist, so besitzen wir damit zugleich ein wesentliches Kriterium für die Abgrenzung des Täterbereichs. Der Rechtsanwalt wird zu seiner frei beruflichen Tätigkeit als Diener am Recht von der Justizverwaltung zugelassen. Diese Zulassung erfolgt, wenn bestimmte Nachweise hinsichtlich der beruflichen Eignung erfolgt sind. Sie ist an die Stelle der früheren Amtsbestellung getreten. Das Zulassungsverfahren selbst ermöglicht eine erhebliche Einflußnahme des Staates auf die "Auswahl" des Personenkreises, um ungeeignete Elemente auszuschliessen. Weitere Kriterien für die Abgrenzung des Täterkreises sind zweckmässig bei Prüfung der Frage, inwieweit andere Personengruppen, die Rechtsbeistand in irgendeiner Form gewähren, als Täter infrage kommen, zu erörtern

1) so RG in JW 1918 S. 140

C) Die "anderen Rechtsbeistände"

1) Berufsgruppen

a) Patentanwälte

Die überwiegende Meinung¹⁾ geht dahin, daß die Patentanwälte unter die Strafbestimmung fallen. Zur Begründung wird angeführt, daß die Voraussetzungen für die Zulassung zu dem akademischen Beruf in ähnlicher Weise wie bei den Rechtsanwälten aufgrund des Reichsgesetzes betreffend die Patentanwälte vom 21.5.1900 und des Patentanwaltgesetzes vom 28.9.1933 in der Fassung des Gesetzes vom 4.9.1938 und des 2. Änderungs- und Überleitungsgesetzes vom 2.7.1949 geregelt seien und sie gleich den Rechtsanwälten einer strengen Standesdisziplin unterständen. So unterstellte auch das Reichsgericht²⁾ die Patentanwälte der Strafbestimmung des § 356 seit dem Gesetz vom 28.9.1933.

Diese Unterstellung ist aber vom Standpunkt des Reichsgerichts nicht folgerichtig. Nur die Rechts- nicht die Patentanwälte sind nach § 31 II StGB Inhaber eines öffentlichen Amtes³⁾, und zwar kraft einer Fiktion.⁴⁾ Eine Ausdehnung des § 31 II StGB auf Patentanwälte im Wege der Analogie ist daher unzulässig. Ihnen fehlt die amtliche Eigenschaft, ohne die vom Standpunkt des RG aus eine Täterschaft nicht möglich ist, mögen im übrigen auch rechtliche Stellung, Vorbildung und Standesorganisation ähnlich wie bei den Rechtsanwälten geregelt sein.

Das Reichsgericht will die amtliche Eigenschaft aus § 50 III des Patentanwaltgesetzes vom 28.9.1933 herleiten. Diese Bestimmung, die die Stellung eines Patentanwaltsvertreters bei Verhängung eines Vertretungsverbots gegen den Patentanwalt behandelt, läßt den Schluß auf eine Amtsstellung des Patentanwalts als solche nicht zu, obwohl das Gesetz hier - übrigens das einzige Mal - vom "Amt" spricht. Der Vertreter wird von Amts wegen be-

1) so Cüppers in NJW 1947 S. 5, Becker S. 23, Ebner S. 34/35, Kohler in GA Band 54 S. 20, von Liszt § 179 XI 2, Sauer S. 522, Weimar S. 30, Wolff S. 81, 85, Kohlrausch-Lange IV zu § 356, Mühlmann-Bommel Anmerkung 1a zu § 356, Schönte-Schröder II 1 zu § 356, Dalcke Anm. 1 zu § 356, Schwarze Anm. 1 A zu § 356, LK Anm. 1 zu § 356, Binding II 2 S. 580, Früh S. 131 a. A. Frank Bem. 1 zu § 356, Neumeyer "Vergl. Darst." Band IX S. 505. Ob die ablehnenden Meinungen auch jetzt noch nach Inkrafttreten des Patentanwaltgesetzes vom 28.9.1933 aufrechterhalten würden, ist zweifelhaft, da auch einige Kommentatoren z. B. Olschhausen's Ergänzungsband die Eigenschaft als anderer Rechtsbeistand erst aufgrund des Patentanwaltgesetzes vom 28.9.1933 bejahen haben.

2) RG in JW 1935 S. 2640 mit Anm. - DRZ 1935 Nr. 486

3) s. S. 15 f

4) Es wird hierbei unterstellt, daß § 31 II StGB bestimmten wollte, welcher Personenkreis als Inhaber eines öffentlichen Amtes zu gelten hat

stellt, wie es auch bei den Rechtsanwälten nach § 98 III RAO der Fassung des Gesetzes vom 21.2.1936 der Fall ist, ohne daß deswegen die Tätigkeit des Rechtsanwalts als Amtstätigkeit angesehen wird. Durch die Verwendung des Begriffs "Amt" für die Tätigkeit eines amtlich bestellten Vertreters eines freien Berufs hat dieser Begriff einen neuen Sinn erhalten, entbehrt jedoch die hoheitlichen Befugnisse, die die anderen Ämter des 28. Abschnitts des StGB nämlich die Ämter als Geschworener, Schöffe oder Schlichter kennzeichnet. Wenn man das "Amt in diesem neuen Sinne" begreift, könnte die Vertretung ein Amt sein, sofern ihr eine Stellung zugrunde liegt, nicht aber die Tätigkeit des Patentanwalts als solche. Diesen neuen Amtsbegriff meint das StGB aber nicht, wenn es - nach Ansicht des Reichsgerichts für die "anderen Rechtsbeistände" amtliche Eigenschaft fordert. Die amtliche Eigenschaft sollen die Patentanwälte auch erst durch das Gesetz vom 28.9.1933 erhalten haben. Eine stichhaltige Begründung hierfür fehlt indessen. Aus § 50 des Gesetzes ist, wie dargelegt, nichts zu entnehmen. Wenn das Gesetz vom 28.9.1933 die amtliche Eigenschaft des Patentanwalts begründet haben sollte, so müßte durch das Gesetz eine Änderung hinsichtlich der rechtlichen Stellung des Patentanwalts gegenüber dem vorhergehenden Zustand erfolgt sein und zwar im Hinblick auf die wenigstens teilweise Übertragung hoheitlicher Befugnisse. Eine solche Änderung ist jedoch durch das Gesetz nicht erfolgt. Auch § 9, welcher für die Patentanwälte ein rechtliches Gehör vorschreibt, ändert nichts an dem grundlegenden Charakter des Patentanwalts, mag auch aus der Bestimmung hervorgehen, daß an der Mitwirkung des Patentanwalts bei Durchführung von Rechtsstreitigkeiten vor Patentgerichten ein allgemeines Interessen besteht.¹⁾ Auch die Verordnung des Reichspräsidenten vom 28.8.1933 über die Amtstracht der Patentanwälte ist sachlich ohne Belang.

Die Annahme, daß die Patentanwälte Inhaber eines (öffentlichen) Amtes seien, verbietet sich auch nach der geschichtlichen Entwicklung. Während die Rechtsanwälte und die ihnen sachlich gleichgestellten Funktionsträger früher überwiegend beamtet und

¹⁾ Eine solche Mitwirkung ist für den Rechtsanwalt in den entsprechenden Lagen selbstverständlich. Daß eine Vorschrift wie die des § 9 III geschaffen wurde, zeigt, daß nicht unerhebliche Unterschiede in der rechtlichen Stellung von Rechtsanwalt und Patentanwalt noch vorhanden sind. Das Mitwirkungsrecht und die Mitwirkungspflicht des Rechtsanwalts geht viel weiter. Beides besagt aber nichts für den Charakter der Tätigkeit des Rechtsanwalts, mithin auch nichts für den des Patentanwalts.

es bei Inkrafttreten des RStGB zum Teil noch waren, verlief die Entwicklung zur Patentanwaltschaft genau entgegengesetzt. Die früher im gewerblichen Rechtsschutz "wild" arbeitenden Berater haben sich erstmalig durch das Gesetz vom 21.5.1900 organisch zusammengeschlossen und ihre endgültige Organisation erst durch das Gesetz vom 28.9.33 erhalten. Der Patentanwalt - der Begriff existiert erst seit 1900 - hat daher niemals eine Tätigkeit ausgeübt, oder durch das Patentanwaltgesetz erhalten, die auch nur als amtsähnlich bezeichnet werden könnte.

Nicht die amtliche Eigenschaft sondern die Angleichung an die Rechtsanwälte hinsichtlich Vorbildung, Art der Zulassung und Berufsausübung und Standesdisziplin stellt aber die Patentanwälte mit den Rechtsanwälten auf die gleiche Stufe. Wenn auch die Rechtsanwälte im Gegensatz zu den Patentanwälten zur Ratserteilung und Vertretung in sämtlichen Rechtsangelegenheiten befugt sind, so ist doch der Patentanwalt auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes als der berufene Rechtsdiener anzusehen, weil nur er regelmässig über ausreichende Kenntnisse auf diesem Sondergebiet verfügt.

Die Tatsache, daß der Patentanwalt nicht nur Rechts- sondern auch mindestens im gleichen, wenn nicht im grösseren Umfang technischer Berater ist, kann nicht zu seiner Ausschliessung führen. Bei Inkrafttreten des RStGB waren die Anwälte und Advocaten die einzigen Personengruppen, die eine allumfassende Rechtsberatung und Vertretung¹⁾ ausübten. Die "anderen Rechtsbeistände" konnten daher nur solche sein, die im verminderten Maße, sei es durch Beschränkung auf bestimmte Rechtsgebiete, sei es in Form einer Nebentätigkeit Rechtsbeistandschaft ausübten. Es besteht auch kein sachlicher Grund, einen Berufszweig, der aufgrund seiner Vorbildung und persönlichen Eignung für das Sondergebiet des gewerblichen Rechtsschutzes als Rechtsdiener im weitesten Sinne vorgesehen ist, von der strafrechtlichen Verantwortung durch § 356 auszunehmen.

Dasselbe muß für den bestellten oder erwählten Vertreter gelten, ohne Rücksicht darauf, ob er nach § 8 Pat.Anw.Ges. ständiger Vertreter vor dem Patentamt ist oder nicht. Die Tatsache, daß er die Tätigkeit nicht im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ausübt, ändert nichts an den entscheidenden Merkmalen nämlich an der eigenen Verantwortung und dem Vertrauen, das er

1) -soweit solche durch berufliche Rechtsbeistände überhaupt zugelassen war; - vergl. hierzu § 11 Arb.GG.

seitens des rechtsuchenden Publikums in gleichem Maße wie der Vertretene genießt.

b) Rechtsbeistände im Sinne des Rechtsberatungs-
mißbrauchsgesetzes vom 15. XII. 1935.

Umstrittener ist, ob die Rechtsbeistände im Sinne des vorgenannten Gesetzes und seiner Durchführungsverordnungen unter die "anderen Rechtsbeistände" zu zählen sind.¹⁾ Rein äußerlich betrachtet erscheint es seltsam, daß die Berufsgruppe, die sich nach gesetzlicher Vorschrift als Rechtsbeistände bezeichnet, nicht zugleich Rechtsbeistände im Sinne des § 356 sein sollen, weil diese Bestimmung unter den "anderen Rechtsbeiständen" angeblich nur Personengruppen begreift, die nicht die offizielle Bezeichnung "Rechtsbeistand" führen.

Ob die Rechtskonsulenten und Prozeßagenten, die gem. § 157 ZPO zur mündlichen Verhandlung vor Gericht aufgrund einer Erlaubnis d. Justizverwaltung befugt waren, vor Inkrafttreten des Berufsgesetzes unter die "anderen Rechtsbeistände" fielen, kann dahingestellt bleiben. Es könnte durchaus sein, daß einige Schriftsteller, die vor dem Inkrafttreten des Berufsgesetzes seine Erstreckung auf die vorgenannten Personengruppen verneint hatten, aufgrund der gesetzlichen Neuordnung dieser Gruppen ihren Standpunkt ändern würden.

Es erscheint zweckmäßig sich zunächst mit der Ansicht des RG auseinanderzusetzen, welches in 2 Entscheidungen²⁾, davon die eine vor, die andere nach Inkrafttreten des Rechtsberatungsmißbrauchsgesetzes die Erstreckung auf die Rechtsbeistände im Sinne des vorgenannten Gesetzes abgelehnt hat. Das Reichsgericht geht in der letzten Entscheidung³⁾ davon aus, daß durch das Gesetz zur Verhütung von Mißbräuchen auf dem Gebiete der Rechtsberatung und die Durchführungsverordnungen die frühere freie Berufstätig-

1) Beführend: Ebner S. 35, Gerland S. 366, von Hippel S. 318, Maurach Bes. T. § 82 VII 1, Kohlrausch-Lange IV zu § 356, Sauer S. 521, Rothardt S. 28, Weimar S. 30 f, Welzel "Das Deutsche Strafrecht" § 75 VI I c.

Ablehnend: a) ältere Schriftsteller: Becker S. 20, Frank Anm. 1 zu § 356, Finger S. 209, Früh S. 130, Binding II 2 S. 580, Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 505, Wolff S. 82, CLG Celle in GA 47 S. 302 b) auch nach Inkrafttreten des RBG: Schwarz Anm. 1 A zu § 356, Niethammer S. 436, LK Anm. 1 zu § 356, Dreher-Maassen Anm. 1 zu § 356 in Verb. mit § 352 Anm. 1 und § 31 II, Mühlmann-Bommel N. 1 zu § 356, Cüppers in NJW 1947 S. 5, Hogrefe a.a.O., Laue S. 18, Olshausen Anm. 2 zu § 356

2) RGSt 51 S. 220 (222) und 73 S. 126

3) bei Erläuterung des Strafratbestandes des § 352 StGB, der wie § 356 als Täter den "anderen Rechtsbeistand" nennt.

keit beseitigt und von der Erlaubnis der Justizbehörde abhängig gemacht wurde. Es vertritt jedoch unter Bezugnahme auf die geschichtliche Entwicklung und die Stellung im System den Standpunkt, daß unter den "anderen Rechtsbeiständen" nur solche mit amtlicher Eigenschaft zu verstehen seien, die Rechtsbeistände jedoch diese Eigenschaft auch nach Inkrafttreten des RBG nicht erlangt hätten.

Es ist anzunehmen, daß unter den "anderen Rechtsbeiständen" im Sinne des § 329 prStGB nur solche gemeint waren, die wie die gerichtlichen Anwälte amtliche Eigenschaft besaßen. Nachdem aber die Rechtsanwaltsordnung den Anwälten die amtliche Eigenschaft genommen hat, soweit sie diese vorher besaßen, und nur die Fiktion eines solchen öffentlichen Amtes blieb, wenn diese überhaupt gewollt war, kann es für die Frage, ob die Rechtsbeistände im Sinne des RBG unter die "anderen Rechtsbeistände" fallen, nur darauf ankommen, ob die Rechtsbeistände hinsichtlich Vorbildung, Zulassung und Beruf und Umfang der Tätigkeit entscheidende Parallelen mit den Rechtsanwälten aufweisen, so dass ihre strafrechtliche Gleichsetzung mit den Rechtsanwälten zum Schutz des rechtsuchenden Publikums gerechtfertigt ist.

Was die Parallelen des Rechtsbeistandes zum Rechtsanwalt angeht, so ist zunächst darauf hinzuweisen, daß der sachliche Umfang der Rechtsberatung und Vertretung mit geringfügigen Unterschieden z.B. im Arbeitsrecht der gleiche wie beim Rechtsanwalt ist. Eine Beschränkung hinsichtlich der tatsächlichen Möglichkeiten zur Rechtsvertretung liegt darin, daß die Rechtsbeistände nicht als Armenanwalt bestellt werden, vor den Kollegialgerichten nicht erscheinen und im Falle einer notwendigen Verteidigung nur im Zusammenwirken mit einem Rechtsanwalt auftreten können. Diese tatsächliche Beschränkung vermindert aber nicht das Schutzbedürfnis des rechtsuchenden Publikums. Dieses vertraut sich nicht mehr einem "wildem" Rechtsberater an, sondern einer Person, deren Sachkunde, Eignung und Zuverlässigkeit vor Erteilung der Erlaubnis zur Ausübung der Tätigkeit des Rechtsbeistandes und der mündlichen Verhandlung vor Gericht gemäß § 157 ZPO durch die Justizverwaltung sorgfältig geprüft worden ist. Auch für den Rechtsbeistand gibt es Berufspflichten. So verbietet § 1 II der zweiten A.V. vom 3.4.1936 dem Rechtsbeistand eine Tätigkeit, wenn er eine solche bereits für einen anderen Beteiligten im entgegengesetzten Sinne ausgeübt hat, entsprechend § 31 Ziff. 2 RAO. Auch das Verbot der Werbung ist in diesem Zusammenhang zu nennen.

Die Überprüfung und Aufstellung von Berufspflichten zeigt, daß auch der Rechtsbeistand eine gesetzlich anerkannte notwendige Tätigkeit wenn auch im verminderten Maße im Dienst am Recht ausübt. Es geht daher nicht mehr an, die Rechtsbeistände einer Ausnahmestellung hinsichtlich der Schutzwürdigkeit des ihre Berufstätigkeit in Anspruch nehmenden Publikums zu unterwerfen, zumal sie ausdrücklich aus der Gewerbeordnung herausgenommen wurden und daher keine gewerbliche Tätigkeit mehr ausüben.

Die Entstehungsgeschichte und Systemstellung des Delikts, von denen das Reichsgericht ausgeht, könnte nur dann nur einen Anhaltspunkt für den Personenkreis der "anderen Rechtsbeistände" bieten, wenn wenigstens der aus den Rechtsbeiständen herausgehobene Anwalt in etwa dem geschichtlichen Vorbild des § 329 prStGB entsprechen würde. Da dies nicht der Fall ist, ist die Ansicht des RG nicht zu billigen. Der Kreis der "anderen Rechtsbeistände" kann daher nur durch Zurückgehen auf die für die freie Anwaltschaft maßgeblichen Grundsätze, die das Fundament für jegliche Rechtsberatung bilden, gefunden werden. Soweit diese Grundsätze auch für andere Rechtsbeistände gelten, müssen sie entsprechend dem Schutzzgedanken der Strafnorm unter dieselbe fallen. In diesem Sinne treten auch Maurach, Schönke-Schröder, Gerland, von Hippel, und andere für eine erhebliche Erweiterung des Täterkreises, vor allem für die Einbeziehung der Rechtsbeistände des RBG einschließlich Prozeßagenten ein. Diejenigen Strafrechtslehrer, die noch nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 13.12.1935 eine Erstreckung auf die Rechtsbeistände des vorgenannten Gesetzes ablehnen, begründen sie vor allem mit dem Mangel amtlicher Eigenschaft beziehungsweise staatlicher Bestellung. Sie fordern damit etwas von den "anderen Rechtsbeiständen", was von dem herausgehobenen Rechtsbeistand, dem Rechtsanwalt, nicht verlangt wird. Ihre Ansicht kann daher nicht für richtig erachtet werden.

Wenn die Rechtsbeistände (Prozeßagenten) im Gegensatz zu den Rechtsanwälten nicht wegen unbefugter Geheimnisoffenbarung strafrechtlich belangt werden können und auch kein Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 53 I Ziff. 3 StPO haben, so ist dies ohne Bedeutung für die Frage der Einbeziehung der Rechtsbeistände in den Täterkreis des § 356. Der mögliche Täterkreis des § 300 StGB, soweit er die Rechtsberatungsberufe betrifft und der entsprechende Kreis der Zeugnisverweigerungsberechtigten gem. § 53 StPO ist nach ganz anderen Gesichtspunkten wie der Täterkreis des § 356 aufgestellt worden. Er überschneidet sich nur teilweise

mit diesem, geht aber hinsichtlich einiger Personengruppen der Rechtsberatungsberufe darüber hinaus. Ausserhalb des § 300 StGB stehen nicht nur die Rechtsbeistände und Prozeßagenten sondern auch die Helfer in Steuersachen, Vertreter von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden, Vertreter der Hausbesitzer- und Mietervereine, Justizbeamte und Rechtskundige gemäß § 116 ZPO. Von diesen Personengruppen fallen aber nach Ansicht des RG die Armenvertreter gem. § 116 ZPO auf jeden Fall unter § 356. § 300 StGB beschränkt den Schutz des rechtsuchenden Publikums auf Steuerberater und Ausschluß der Helfer in Steuersachen. Eine Unterscheidung dieser beiden Personengruppen unter dem Gesichtspunkt des § 356 erscheint aber keinesfalls gerechtfertigt. Nach § 300 StGB können sich auch die Gehilfen der vorgenannten Personengruppen selbständig, im Rahmen des § 356 nur als unselbständige Teilnehmer, strafbar machen. Auch die Einbeziehung sämtlicher Verteidiger in den Täterkreis des § 300 StGB ist für § 356 sehr umstritten. Die Erweiterung des Täterkreises nach § 300 StGB und der Zeugnisverweigerungsberechtigten nach § 53 StPO erfolgte auch erst durch das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953. Vor Inkrafttreten des Änderungsgesetzes konnten sich von den rechtsberatenden Berufen nur Rechtsanwälte, (Advocaten), Notare, Verteidiger in Strafsachen und die Gehilfen dieser Personen des Bruchs des Berufsgeheimnisses schuldig machen, also nicht Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer und die Personen, die zur Vorbereitung an der berufsmässigen Tätigkeit rechtsberatender Berufe teilnehmen. Wäre für § 300 und § 356 hinsichtlich der Rechtsberatungsberufe derselbe Täterkreis beabsichtigt gewesen, so hätte sich § 300 StGB alter und neuer Fassung nicht auf die Aufzählung bestimmter Berufsgruppen beschränkt. Die Einbeziehung der Rechtsbeistände und Prozeßagenten in den Täterkreis des § 356 ist daher unabhängig von den Bestimmungen des § 300 StGB, und des § 53 I. Ziff. StPO festzustellen.

Durch die Einbeziehung der Rechtsbeistände in den Täterkreis des § 356 entfällt auch die Möglichkeit, die Praevarication als Standesdelikt anzusehen. Da es einen Anwaltstand mit geschlossener Standesordnung erst seit 1879, einen Patentanwaltstand im standesrechtlichen Sinne erst seit 1933 gibt, das Reichsstrafgesetzbuch aber älteren Datums ist, scheidet die Annahme eines Standesdelikts auch aus diesem Grunde aus.¹⁾ Es besteht auch keine Veranlassung, de lege lata eine Entwicklung hinsichtlich einer Be-

1) Ob die Praevarication sich in einzelnen Partikularstaaten als Standesdelikt entwickelt hat, bedarf daher keiner Prüfung.

schränkung der Deliktsanwendung auf eine akademische Standesgruppe hin anzunehmen, da die berufsmässige Rechtsberatung nicht mehr Vorrecht einer akademischen Standesgruppe ist. Auch der Täterkreis des § 300 StGB beschränkt sich nicht einmal auf Akademiker.

Auch die Beschränkung des Täterkreises auf solche, die die Rechtsbeistandschaft als Beruf ausüben, ist abzulehnen. Eine solche Beschränkung ist weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte des Delikts herzuleiten. Es wird aber zu fordern sein, daß die Rechtsbeistandschaft im Rahmen des Berufs beziehungsweise der Berufsausbildung vorgesehen ist, da das Vertrauen des rechtsuchenden Publikums sich regelmässig auf solche Personen beschränkt und daher nur das Vertrauen auf diese Gruppen strafrechtlichen Schutz verdient. Ob weitere Voraussetzungen für den strafrechtlichen Schutz zu fordern sind, wird bei den einzelnen Personengruppen, die Rechtsbeistand in irgend einer Form ausüben, noch zu erörtern sein.

Die Einteilung dieser Gruppen zum Zwecke der Prüfung der Frage, inwieweit sie der Strafnorm des § 356 unterliegen, kann unter den verschiedensten Gesichtspunkten erfolgen. Die Einteilung ist lediglich eine Frage der Zweckmässigkeit. Sie erscheint in der Form angebracht, daß zunächst der Personenkreis behandelt wird, der mehr oder minder unmittelbar mit der Anwaltstätigkeit zusammenhängt, also die Societät, Anwaltsassessoren, Referendare beim Anwalt, juristische Hilfsarbeiter und als Anhang die ausländischen Anwälte. Es folgen Beamtengruppen, d.h. solche, die inner- oder ausserhalb ihrer Amtstätigkeit noch Rechtsbeistand gewähren, freie Berufe mit der Möglichkeit der Rechtsberatung und -vertretung auf beschränkten Rechtsgebieten, Personen, die zeitweilig ein Amt mit der Möglichkeit der Rechtsbeistandschaft innehaben, Vertreter von Interessengruppen, Rechtsgutachter, sonstige Beistände und Prozeßbevollmächtigte. Ein Anspruch auf vollständige Erfassung sämtlicher, Rechtsbeistand in irgend einer Form gewährenden, Personen kann nicht erhoben werden.

2) Die Societät

Die Societät wird standesrechtlich als Einheit behandelt. In strafrechtlicher Hinsicht ist dies jedoch ausgeschlossen. Wenn Rechtsanwalt X den A. gegen B. in einem Forderungsprozeß vertritt und sein Sozius Y berät den B. in derselben Rechtssache gegen A. in Kenntnis der Tatsache, dass X den A. gegen B. vertritt, so macht sich Y doch keiner Praevarication schuldig. Dies muss selbst dann gelten, wenn die Vollmacht des A. auf die Societät ausgestellt und

und dies dem Y bekannt¹⁾ war. Y dient dem A noch nicht dadurch, daß die Vollmacht auch auf ihn, den Y, mit ausgestellt ist, zumal nicht Y sondern sein Socius X die Ausstellung veranlasst hat; vorausgesetzt wird hierbei aber, daß Y selbst keine Verbindung zu A aufgenommen hat. Eine mittelbare Täterschaft in dem Sinne, daß Y die Tätigkeit seines Socius X für A als eigene Handlung gegen sich gelten lassen müsse, ist ausgeschlossen,²⁾ da X sein gesamtes Handeln in objektiver und subjektiver Beziehung in eigener Person vollzieht. Hiernach ist selbstverständlich, daß die Praevarication erst recht entfällt, wenn Y erst nach der Vertretung des B gegen A von der Tätigkeit seines Socius X für A gegen B erfährt und trotzdem das Mandat nicht niederlegt. Dasselbe gilt bei einer Bürogemeinschaft.³⁾ Eine Praevarication kommt daher bei Socien nur insoweit in Frage, als jeder der Socien den strafbaren Tatbestand objektiv und subjektiv in eigener Person erfüllt.

3) Im Probedienst und in der Ausbildung befindliche Rechtskundige und juristische Hilfsarbeiter

a) Anwaltsassessoren und Probeassessoren

Diese Rechtskundigen, die durch Ablegung der zweiten Staatsprüfung ihre Befähigung zum Richteramt und zur Rechtsanwaltschaft nachgewiesen haben und nun vor Zulassung zur Rechtsanwaltschaft eine Probezeit bei einem Rechtsanwalt ableisten, fallen unter die Strafnorm des § 356. Sie arbeiten regelmässig völlig selbständig, unterstehen nur der Aufsicht des Rechtsanwalts, der sie in den spezifisch anwaltlichen Tätigkeitsbereich einführt. Wenn sie auch unter dem Namen des Anwalts arbeiten, so gelten sie doch dem rechtsuchenden Publikum gegenüber als selbständige Mitarbeiter und geniessen dementsprechend neben dem Anwalt dessen Vertrauen. Dies gilt erst recht, wenn sie als Substitut des Anwalts tätig sind. Sie begehen Praevarication, wenn sie in derselben Rechtssache, seien sie noch als Anwaltsassessoren tätig oder bereits

- 1) Nicht entscheidend ist, daß die Societät immer als Ganzes als beauftragt zu gelten hat, sondern daß der beauftragte Socius zunächst der einen und dann der anderen Partei gedient haben d.h. für die Parteien im entgegengesetzten Interesse tätig gewesen sein muss; vergl. hierzu Gnodtke S. 50
- 2) Nach Wolff S. 108 ist die mittelbare Täterschaft nur für § 356 I ausgeschlossen, da der Anwalt sich im Gegensatz zu II persönlich an beide Parteien rechtlich gebunden haben müsse. Geppert S. 83f u. 129 ff ist der Ansicht, daß sich der Anwalt innerhalb der Societät die Handlung des Socius wie die des Bürovorstehers, Referendars oder sonstigen Mitarbeiters auch strafrechtlich zurechnen lassen müsse, a.A. Friedlaender N. 13 u. § 31 u. Exkurs zu § 40 RAO.
- 3) Nicht völlig eindeutig ist Kalsbach in "Standesrecht" S. 379, der besonders das Treueverhältnis auch für den unbeteiligten Socius herausstellt.

zur Anwaltschaft zugelassen, die Gegenseite durch Rat oder Tat unterstützen.¹⁾

b) Referendare

aa) als Substitute der Rechtsanwälte

Sie können Praevarication begehen, wenn sie amtlich oder durch den Rechtsanwalt zu seinem Substituten bestellt worden sind. Dagegen ist der nur zu Ausbildungszwecken beim Rechtsanwalt arbeitende Referendar unselbständig und ohne eigene Verantwortung gegenüber dem rechtsuchenden Publikum, vergleichbar etwa der Tätigkeit eines Büroangestellten oder, was die Selbständigkeit angeht, den früheren Advocaten im gemeinen Recht, die nicht unter Artikel 115 CCC fielen. Ein Schutzbedürfnis des Publikums ist insoweit nicht gegeben.²⁾ Die Tätigkeit als Substitut kennzeichnen aber eigene Verantwortung und Selbständigkeit der Entscheidung. Gegenüber diesen entscheidenden Merkmalen ist es ohne Belang, daß die Referendare als Substitute nicht auf eigene Rechnung und im eigenen Namen arbeiten. Der Referendar macht sich daher gleich dem Anwaltsassessor und Rechtsanwalt als Substitut strafbar, wenn er in derselben Rechtssache für die Gegenseite tätig wird.³⁾

bb) als Verteidiger gemäß § 139 StPO.

Eine Praevaricationsmöglichkeit wird zu verneinen sein, da der Rechtsanwalt dem Referendar eine Verteidigung nur mit Zustimmung des Angeklagten übertragen darf, der nach Unterrichtung über die Ausbildungstätigkeit des Referendars mit seiner Zustimmung zu erkennen gibt, daß er denselben für seine Tätigkeit, weil sie zu Lehrzwecken erfolgt, nicht verantwortlich machen will. Dies ist auch deshalb anzunehmen, weil der Angeklagte davon ausgehen darf, daß der Rechtsanwalt vor Beginn der Hauptverhandlung Grundlage und Aufbau der Verteidigung mit dem Referendar durchgesprochen hat. Selbst wenn aber in der Zustimmung des Angeklagten kein Verzicht auf Haftung läge, so lassen doch die Umstände hinreichend die Unselbständigkeit des Referendars erkennen, mögen auch die rechtlichen Voraussetzungen für die Übertragung einer Verteidigung gemäss § 139 StPO und für die Möglichkeit der Bestellung zum Ver-

1) ebenso Sauer S. 521, Schönke-Schroder II 1 zu § 356, Mühlmann-Bommel Anm. 1 a zu § 356, Gerland S. 388, sinngemäss Maurach Bes.T. § 82 VII 1; a.A. Cüppers in NJW 1947 S. 5, Homann S. 47, Schwarz (bis zur 11. Auflage) Anmerkung 1 zu § 356, Weimar S. für die Probeassessoren.

2) ebenso Decker S. 55

3) ebenso Ebner S. 34, Finger S. 209, Früh S. 130, Frank Anm. 1 zu § 356, Riffel S. 31, Rothardt S. 24, Homann S. 43 für den amtlich bestellten Vertreter, a.A. Becker S. 20 f.

treter gemäss § 25 RAO die gleichen sein. § 356 kann nur für selbständige Rechtsbeistände gelten oder anders ausgedrückt: der Begriff des Rechtsbeistandes setzt eine selbständige Tätigkeit voraus. Der Fall des § 139 StPO kann daher nicht mit der Stellvertretung durch den Referendar auf Grund Bestellung oder Erwählung gleichgesetzt werden.¹⁾

c) Juristische Hilfsarbeiter

Die juristischen Hilfsarbeiter des Rechtsanwalts können sich nicht der Praevarication schuldig machen, da sie wie seine übrigen Angestellten nur Hilfspersonen sind, mögen sie im Einzelfall auch bedeutende Rechtskenntnisse und Fähigkeiten aufweisen. Als Hilfspersonen ohne eigene Verantwortung gegenüber dem rechtsuchenden Publikum geniessen sie nicht dessen Vertrauen. Ihre Tätigkeit muß sich der Rechtsanwalt wie die seiner übrigen Angestellten und Lehrlinge als eigene zurechnen lassen, da er sich dieser Personen nur zur Arbeitserleichterung bedient. Dasselbe muss für die Tätigkeit des nur zu Ausbildungszwecken beim Rechtsanwalt befindlichen nicht unterschreibungsberechtigten unselbständigen Referendars gelten, und zwar auch dann, wenn der Referendar ausserhalb der Ausbildungsstation aber nicht als Substitut beim Rechtsanwalt tätig ist.

Soweit aber die bisher genannten Personen, also Rechtsanwälte, Anwaltsassessoren und Referendare als Substitute Rechtsbeistand in Selbständigkeit und in eigener Verantwortung leisten und damit dem § 356 unterfallen, kann ihre Tätigkeit dem Rechtsanwalt, in dessen Namen und auf dessen Rechnung sie sie ausüben, nicht zugerechnet werden.²⁾ Der Rechtsanwalt, dessen Socius, Anwaltsassessor oder Referendar als Substitut für A gegen B tätig gewesen ist, macht sich also nicht strafbar, wenn er in derselben Rechtssache B gegen A vertritt. Dieses Ergebnis mag zunächst befremden, da die Vollmacht des A nicht auf den Stellvertreter oder Anwaltsassessor (ohne Stellvertretung) ausgestellt wurde, sondern auf den Anwalt selbst. Es ist jedoch eine Konsequenz des Gedankens, daß der Anwalt sich im Einzelfall nur zurechnen zu lassen braucht, was mit seinem Willen, seiner Kenntnis, unter seiner Verantwortung geschieht und durch seine Unterschrift gedeckt wird.

Wenn der unselbständige Referendar, juristische Hilfsarbeiter oder ein sonstiger Angestellter den A gegen B berät, ohne

1) a.A. Haferland S. 76, Laue S. 18, Weimar S. 30, Wolff S. 82

2) so auch Decker S. 55

daß der Rechtsanwalt hiervon Kenntnis erhält und der Rechtsanwalt übernimmt die Vertretung des B gegen A in derselben Rechtssache, so kann verständlicherweise eine Bestrafung nicht erfolgen, da der Rechtsanwalt den Praevaricationstatbestand nicht mit Wissen und Willen verwirklicht. Sollte er dagegen während der Mandatszeit für B von der Beratung des A durch seine unselbständige Mitarbeit erfahren und legt er trotzdem das Mandat nicht für B nieder, so würde er sich nunmehr strafbar machen. Es kann nicht entscheidend sein, ob der Anwalt die Tätigkeit seiner unselbständigen Mitarbeiter im Einzelfall vorher angewiesen hat. Dies dürfte schon aus praktischen Gründen in der Regel nicht möglich sein. Genügen muss auch ohne Anordnung die vorherige oder nachträgliche Kenntnis der Tätigkeit seiner unselbständigen Mitarbeiter für A, die vom Zeitpunkt der Kenntnis an dem Rechtsanwalt als eigene Tätigkeit zuzurechnen ist.

4) Ausländische Anwälte¹⁾

Nach dem im § 4 I StGB verankerten Territorialprinzip gilt das deutsche Strafrecht auch für Taten, die ein Ausländer im Inland begeht.

Ein im Inland als Rechtsanwalt zugelassener Ausländer unterliegt danach der Strafnorm, da dieser mit der Zulassung auch als Ausländer dem deutschen Landesrecht unterliegt und nunmehr wie ein inländischer Anwalt prozessual wirksame Handlungen vornehmen kann.

Die Tat gilt in analoger Anwendung des § 3 III StGB als im Inland begangen, wenn auch nur ein Teil der tatbestandsmäßigen Handlung im Inland begangen wurde. Der Ansicht von Neumeyer²⁾, die Frage des Tatortes richte sich nach dem Ort der Tätigkeit und des Erfolges, kann für die Praevarication nicht gefolgt werden, weil das Delikt nur Handlungsdelikt ist. Die einzelnen Teilstücke der Handlung müssen rechtlich als gleichwertig angesehen werden.

Unabhängig von der Frage, ob der deutsche und der im Inland zugelassene ausländische Rechtsanwalt Amtspersonen gemäss § 31 II StGB sind, entfällt aber für solche ausländischen Rechtsanwälte, die sich einer Handlung gemäss § 356 im Ausland schuldig machen, eine Strafbarkeit im Hinblick auf das zu verneinende

1) vergl. hierzu Neumeyer "Anwaltsvergehen" a.a.O. und "Vergl. Darst." Bd. IX S. 505 Fußnote 1, Rothardt S. 26

2) "Anwaltsvergehen" S. 27

Strafverfolgungsbedürfnis, welches § 4 Ziffer 1-9 bei bestimmten Straftaten ohne Rücksicht auf die Person des Täters und den Ort der Begehung der Straftat anerkennt (Weltrechtsprinzip).

Wird ein im Ausland aber nicht im Inland zugelassener ausländischer Anwalt¹⁾ gemäss § 138 II StPO oder in dem Umfange, in welchem ein jeder einen anderen nach den §§ 79 und 90 ZPO vertreten kann, im Inland tätig, so dürfte die Möglichkeit einer Bestrafung nach § 356 gegeben sein, jedenfalls dann, wenn die verratene Partei die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und im Inland wohnt.²⁾ Der ausländische Anwalt ist zwar dann nicht als Anwalt im Sinne des § 356 tätig, weil ihm im Inland nicht die Befugnisse eines solchen zustehen. Er wird aber zu den "anderen Rechtsbeiständen" zu zählen sein, weil er auf Grund seiner Rechtskenntnisse beruflich im Gegensatz zu den sonstigen Personen der §§ 79 und 90 ZPO echte Rechtsbeistandschaft ausübt. Zwar liegt keine Zulassung des ausländischen Anwalts im Inland vor, die als das entscheidende Kriterium anstelle der amtlichen Eigenschaft für die Praevaricationsmöglichkeit angesehen wurde; bei ausländischen Anwälten wird aber genügen müssen, daß diese nach dem Recht ihres Heimatstaats sich vor ihrer Zulassung einer Eignungsprüfung unterziehen mußten. Gleiches wird auch für den sonstigen ausländischen Rechtsbeistand gelten müssen.

Die schwierige Frage, ob eine von einem ausländischen Anwalt oder einem anderen ausländischen Rechtsbeistand im Ausland begangene Praevarication gemäss § 4 II StGB durch ein deutsches Gericht bestraft werden kann, soll nicht näher geprüft werden, weil die Beantwortung im Fragen des internationalen Verwaltungs- und Strafrechts hineinreicht, die nicht Gegenstand dieser Arbeit sind.

Ob der ausländische Rechtsanwalt oder -beistand neben der ausländischen auch die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder seinen Wohnsitz im Inland hat, dürfte in diesem Zusammenhang im Gegensatz zu Rothardt bedeutungslos sein, da die zusätzliche deutsche Staatsangehörigkeit und der deutsche Wohnsitz für sich allein für den Begriff des "Rechtsanwalts" und "der anderen Rechtsbeistände" im Sinne des § 356 bedeutungslos sind.

1) nach Ebner S. 32 kein Anwalt im Sinne des § 356 und der RAO.
2) a.A. Friedlaender in JW 1917 S. 832 f und Weimar S. 28

5) Beamte

a) Allgemeines

Das Reichsgericht¹⁾ hat sich in einer Entscheidung vom 18.12. 1933 ohne nähere Begründung auf den Standpunkt gestellt, daß Täter des § 356 nur Personen sein könnten, die entweder überhaupt nicht Beamte seien oder solche, bei denen die nebenherlaufende Eigenschaft als Beamter z.B. als Notar oder Universitätslehrer ausser Betracht bleibe.

Einen Anhaltspunkt zur Begründung dieses Standpunktes könnte ein Vergleich des Täterkreises des § 352 StGB²⁾ und des § 356 StGB bieten. Nach § 352 - Gebührenüberhebung - kann Täter sein ein Beamter, Anwalt oder sonstiger Rechtsbeistand. Hieraus ist zu entnehmen, daß der sonstige Rechtsbeistand kein Beamter sein darf. § 356 erwähnt den Beamten nicht, woraus Oppenhoff³⁾ schließt, daß dieser im Gegensatz zu § 352 StGB als Täter nicht in Frage komme.

Die Gegenüberstellung des Beamten mit den sonstigen Rechtsbeiständen in § 352 StGB, die danach nicht Beamte sein dürfen, erscheint jedoch deshalb bedenklich, weil folgerichtig nicht nur die sonstigen Rechtsbeistände, sondern auch der Anwalt als Rechtsbeistand dem Beamten gegenübergestellt werden müßte. Der Anwalt war aber bei Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches in einigen Bundesländern noch Beamter.

Seine These⁴⁾, daß der Anwalt wie auch die anderen Rechtsbeistände zwar keine Beamten wohl aber Amtsträger seien, führt das RG selbst nicht folgerichtig durch. Zu den anderen Rechtsbeiständen zählen in erster Linie die gemäß § 142 II StPO als Verteidiger bestellten oder einer armen Partei gemäß § 116 ZPO beigeordneten Justizbeamten und Rechtskundigen. Bei beiden Personengruppen handelt es sich um Beamte, die als Verteidiger oder als Vertreter einer armen Partei im Rahmen ihrer dienstlichen Obliegenheiten tätig werden, weil eine solche Tätigkeit ausdrücklich für sie vorgesehen ist, ganz abgesehen davon, daß es durchaus zweifelhaft erscheint, ob ein Beamter Tätigkeiten in der Öffentlichkeit wie eine Verteidigung oder Vertretung in einer Zivilsache als neben seiner Eigenschaft als Beamter her-

1) in JR 1934 Nr. 536 (3 D 698/33), ebenso Laue S. 18

2) § 352 StGB gehört auch zu den Delikten des Anwaltsstrafrechts.

3) Note 1 zu § 356

4) RG in JW 1934 S. 695 - JR 1934 Nr. 536

laufend übernehmen kann. Die Tätigkeit als Verteidiger und als beigeordneter Armenvertreter ist auch kein Amt, das neben den sonstigen amtlichen Verrichtungen ein Eigenleben führt und dadurch die Beamteneigenschaft zurücktreten lässt. Die sogenannte Amtstätigkeit bildet vielmehr, wie schon gesagt, einen Teil der amtlichen Verrichtungen. Damit würden die Personengruppen, die das RG als die "anderen Rechtsbeistände" bezeichnet,¹⁾ ausfallen, und es blieben keine Rechtsbeistände mit amtlicher Eigenschaft übrig,²⁾ obwohl solche doch vorhanden sein müßten. Den aufgezeigten Folgerungen, die ein Grund mehr zur Ablehnung des Standpunkts des RG hinsichtlich des Täterkreises sind, läßt sich nur dadurch entgehen, daß, ausgehend vom Schutzgedanken der Strafnorm ohne Rücksicht auf den Beamtencharakter, alle diejenigen als die anderen Rechtsbeistände angesehen werden, die mit staatlicher Ermächtigung und kraft Zulassung im Einzelfall Rechtsbeistandschaft ausüben. Die staatliche Zulassung bzw. Ermächtigung bewirkt zwar keine amtliche Eigenschaft; sie stellt jedoch das Äquivalent für diese Eigenschaft dar, das sich sinngemäss aus der veränderten rechtlichen Stellung der Rechtsbeistände im weitesten Sinne anbietet. Nur diese Auslegung vermag auch zu einer befriedigenden Lösung für die Abgrenzung des Täterkreises innerhalb der nachfolgend zu behandelnden Personengruppen zu führen. Obwohl hiernach die Beamtenqualität für die Frage, ob der in irgendeiner Form Rechtsbeistand Gewährende zu dem möglichen Täterkreis des § 356 gehört, keine Rolle spielt, erscheint es doch zweckmässig, die Beamtengruppen weiter für sich zusammenzufassen.

b) Rechtslehrer an deutschen Hochschulen.

Die Rechtslehrer geniessen wegen ihrer besonderen Rechtskenntnisse und Fähigkeiten das Vertrauen derjenigen, deren Verteidigung sie im Einzelfall übernommen haben. Da die Übernahme von Verteidigungen im § 138 I StPO ausdrücklich zugelassen ist, gebietet der Schutzgedanke des § 356 auch ihre Unterstellung unter die Strafnorm.³⁾

1) RG in JW 1918 S. 140

2) Die Patentanwälte bleiben ausser Betracht, weil sie erst seit dem PatAnwG vom 28.9.1933 amtliche Eigenschaft haben sollen.

3) ebenso Becker S. 20, Ebner S. 34, Früh S. 130 von Hippel S. 318, Decker S. 52, Fries S. 30, Haferland S. 76, Homann S. 46, Kohlrausch-Lange IV zu § 356, Maurach Bes. T. § 82 VII 1, Sauer S. 521, Rothardt S. 23, Weimar S. 30, Welzel § 75 VI, a.A. Binding II 2 S. 580.

c) Justitiare und Verwaltungsrechtsräte

Es handelt sich hierbei um Beamte bei Behörden oder öffentlichen rechtlichen Körperschaften, z.B. im kirchlichen Raum, zu deren Obliegenheiten im Rahmen ihrer dienstlichen Verrichtungen die Erteilung von Rechtsrat gegenüber der Behörde oder Körperschaft und die Vertretung derselben im Bedarfsfalle gehört. Sie stehen zu der Behörde bzw. Körperschaft in einem besonderen Treueverhältnis und haben ausschliesslich die Interessen ihrer Dienstherren wahrzunehmen.

Die Rechtsbeistandschaft, so wie sie sich geschichtlich entwickelt hat, bezog sich aber immer auf die Wahrnehmung der Interessen des rechtsuchenden Publikums, das sich den Rechtsbeiständen anvertraute. Mit dieser allgemeinen Rechtsbeistandschaft haben die Justitiare und Verwaltungsrechtsräte nichts zu tun. Ein Treubruch ihrerseits wird als Dienstverfehlung geahndet. Sie scheiden damit aus dem Kreis der möglichen Täter aus.¹⁾

d) Justizbeamte und Referendare gemäss § 116 ZPO und § 142 II StPO

Beide Personengruppen üben echte Rechtsbeistandschaft aus. Sie sind als bestellter Verteidiger und Beigeordneter der Armenpartei an keine Weisungen gebunden, sollen vielmehr unabhängig von den staatlichen Belangen die berechtigten Interessen der ihnen anvertrauten Personen wahrnehmen. Trotz ihrer Bestellung üben sie kein staatliches Amt aus. Sie sollen vielmehr, um eine Benachteiligung der armen gegenüber der wohlhabenden Partei zu vermeiden, die einen Rechtsbeistand bezahlen kann, wie ein freiberuflicher Rechtsbeistand für sie tätig werden und geniessen daher auch das Vertrauen der ihnen anvertrauten Personen, mag die Grundlage des Vertrauens auch ein behördlicher Auftrag und nicht der Mandatsvertrag sein.

Der Leipziger Kommentar²⁾ vertritt den Standpunkt, daß die bestellten oder beigeordneten Rechtsanwälte in amtlicher Eigenschaft nur einer Partei nämlich der, für die sie bestellt oder beigeordnet seien, dienen könnten und daher nicht unter § 356 fielen.

Ganz abgesehen davon, daß ihre amtliche Eigenschaft nicht durch die Bestellung zu einem "Amt" sondern in ihrer Eigenschaft als

1) ebenso Meves in RH III S. 1016 Anm. 3, Binding II 2 S. 580, Schwarz Anm. 1 zu § 356, Rothardt S. 25, Homann S. 46, LK Anm. zu § 356, Weimar S. 29, Wolff S. 84, a.A. Frank Anm. 1 zu § 356, Kohlrausch-Lange IV zu § 356, Maurach Bes.T. § 82 VII 1, Schörke-Schröder II 1 zu § 356, v. Hippel S. 318, Gerland S. 388, Laue S. 18

2) Anm. 1 zu § 356, ebenso Wolff S. 106 Fußn. 2 bezgl. § 356 I im Gegensatz zu II.

Beamte gegeben ist, könnte die amtliche Eigenschaft bei allen Rechtsbeiständen immer nur mit Bezug auf die erlaubte rechtliche Beziehung zu einer Partei nicht aber mit Bezug auf die unerlaubte Beziehung zur Gegenpartei innerhalb derselben Rechtssache angenommen werden. Ob die erlaubte rechtliche Beziehung zu einer Partei zwecks Wahrnehmung ihrer Interessen durch Vertrag oder durch öffentlich-rechtliche Bestellung bzw. Beiordnung hergestellt wird, kann nur für die Beziehung zur eigenen Partei nicht aber für die Aufnahme der Beziehung zur Gegenpartei von Bedeutung sein.¹⁾ Beide Personengruppen unterfallen dem § 356, weil sie wie die Rechtsanwälte die ihnen gemäß § 116 ZPO und § 142 II StPO anvertraute Rechtssache auf Grund behördlichen Auftrags der in diesem Fall an die Stelle der Zulassung tritt, unabhängig und in eigener Verantwortung führen.²⁾ Auf die "amtliche Eigenschaft" kommt es nicht an, da sie weder gegenüber der einen noch der anderen Partei gegeben ist.

e) Notare.

Die Notare nehmen innerhalb der Beamtengruppe eine Sonderstellung ein, weil sie in der Praxis oft um Rechtsrat angegangen werden, sei es, daß dieser im Hinblick auf eine beabsichtigte Beurkundung, die sich nicht einmal inhaltlich mit dem Rechtsrat zu decken braucht, erbeten wird, sei es, daß die Beurkundung infolge des erteilten Rechtsrats unterbleibt oder gemäß § 26 Absatz 1 und 2 RNotO die Beteiligten ausserhalb der Urkundstätigkeit auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege betreut und sogar vor Behörden vertreten werden. Die Erteilung solchen Rechtsrats wird vielfach über das hinausgehen, was dem Notar im Rahmen seiner Belehrungspflicht als Urkundsbeamter obliegt. Eine weitere Besonderheit liegt darin, daß das Notariat in grossen Teilen der Bundesrepublik mit der Rechtsanwaltschaft verbunden ist und eine reinliche Scheidung zwischen der Tätigkeit als Notar, die in der Hauptsache urkundlicher Art ist und der des Rechtsanwalts Schwierigkeiten bereitet.

Vertritt ein Notar, der zugleich Rechtsanwalt ist, nach der Beurkundung eine der beiden Urkundsparteien wegen eines Anspruchs, der aus dem urkundlichen Akt hergeleitet wird, gegen die andere,

1) vergl. Wolff S. 89 II. Abschnitt

2) ebenso Becker S. 20, Dalcke Note 1 zu § 356, Ebner S. 34, Früh S. 130, von Hippel S. 318, Gerland S. 366, Kohlrausch-Lange Anm. IV zu § 356, Mühlmann-Bommel N. 1b zu § 356, Maurach Bes.T. § 82 VIII, Olshausen A 1 zu § 356, Rothardt S. 25, Schöнке-Schroeder II zu § 356

so liegt selbst dann keine Praevarication vor, wenn dabei die Rechtswirksamkeit des urkundlichen Aktes im Ganzen oder in Teilen infrage gezogen wird oder Streit bezüglich der Auslegung des Aktes besteht.¹⁾ Wenn die Partei, die der Anwaltsnotar nachher gegen die erste Urkundspartei vertritt, die andere Partei im Sinne des § 356 sein soll, so müsste die erste Urkundspartei auch Partei im Sinne der Bestimmung sein, was jedoch schon deshalb ausgeschlossen ist, weil die reine Urkundstätigkeit nicht der Durchsetzung oder Abwehr von Rechtsansprüchen dient, sich also nicht gegen eine andere Person richtet.

In den Gebieten des reinen bzw. des Richternotariats, ganz gleich in welcher Form dasselbe auftritt, wie z.B. in Baden, Bayern, Hamburg, Hessen, Württemberg und in der Rheinprovinz kann sich der Notar in seiner Eigenschaft als Notar d.h. als ausschliesslicher Träger eines öffentlichen Amtes keiner Praevarication schuldig machen. Als Urkundsbeamter hat der Notar keinem der Beteiligten Rechtsbeistand geleistet, d.h. einseitige Interessen vertreten.²⁾ Wenn der Notar seine Pflicht verletzt, sämtlichen Beteiligten unparteiisch zu dienen, indem er zum Beispiel bewußt zum Nachteil einer Urkundspartei eine notwendige Belehrung unterläßt oder eine falsche Belehrung erteilt, um dadurch einer Urkundspartei Vorteile zukommen zu lassen, so ist er wegen Dienstpflichtverletzung nach der Notarsordnung zu bestrafen.³⁾

Auch soweit der Nurnotar über die reine Urkundstätigkeit hinaus auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege - er darf also keine streitigen Interessen vertreten - tätig wird, besteht immer die Pflicht, die Interessen sämtlicher Beteiligten zu wahren. Eine Praevarication würde selbst dann nicht vorliegen, wenn der Notar hierbei die Interessen eines oder mehrerer Beteiligten eindeutig bevorzugen würde. Würde der Nurnotar dagegen auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege oder sogar auf dem Gebiet streitiger Rechtspflege wider seine Dienstpflicht zunächst die Interessen nur einer Partei und dann in derselben Rechtssache die der Gegenpartei wahrnehmen, so dürfte aber die Strafmöglichkeit nach § 356 gegeben sein, weil der Notar dann über seinen Aufgaben- und Pflichtbereich hinausgegangen ist und die Tätigkeit eines Rechtsanwalts ausgeübt hat. Ein solcher Sachverhalt könnte in Ausnahmefällen auch im Zusammenhang mit der Beurkundung nur für eine Partei vorliegen, wenn der Notar die Partei, gegen welche er nachher aufgrund des Urkundsak-

1) so Hogrefe a.a.O.

2) so auch das RG in JR 1934 Nr. 536, ebenso Weimar S. 29

3) §§ 68 ff RNotO v. 13.12.37

tes vorgeht, im Zusammenhang mit diesem beraten hat. Es besteht in diesen Fällen kein Grund den Notar nicht nach der für den Rechtsanwalt geltenden Vorschrift des § 356 zur Verantwortung zu ziehen.

Da die unter § 26 RNotO fallenden Geschäfte des Notars nicht obrigkeitlicher Natur sind, gehören sie sowohl zu denen des Notars als des Rechtsanwalts. Bei Anwaltsnotaren ist es daher häufig schwierig festzustellen, ob sie als Anwalt oder Notar tätig geworden sind. Eine Abgrenzung ist aber aus mehreren Gründen wegen der Haftung aber auch wegen der Anwendbarkeit des § 356 erforderlich. Einen Anhaltspunkt für die Abgrenzung bietet § 26 II RNotO. Eine Tätigkeit, die der Vorbereitung oder Durchführung einer Urkundstätigkeit dient, ist stets als notarische Tätigkeit zu behandeln. Im übrigen ist im Zweifel anzunehmen, daß der Anwaltsnotar als Anwalt tätig geworden ist. Dies entspricht auch dem Schutzgedanken der Strafnorm, da das rechtsuchende Publikum bei der Überschneidung der Tätigkeitsbereiche auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege häufig nicht erkennen kann, in welcher Eigenschaft der Anwaltsnotar tätig geworden ist, es sei denn, daß er von vornherein eindeutig die Interessen sämtlicher Beteiligten gleichmässig vertreten hätte. Es bleibt dem Anwaltsnotar aber die Möglichkeit des Nachweises, daß er als Notar in Anspruch genommen wurde oder wenigstens dies subjectiv angenommen hat.¹⁾

f) Syndici.

Syndici gibt es sowohl bei Behörden mit Beamtencharakter wie auch in der Privatwirtschaft. In beiden Fällen handelt es sich um leitende Personen, sei es, daß sie als Geschäftsführer einer Berufsvertretung, Genossenschaft, eines wirtschaftlichen Unternehmens oder als leitende Staats- oder Kommunalbeamte Sachbearbeiter für wichtige Rechtsangelegenheiten tätig sind. Rechtsbeistandschaft haben sie immer nur für ihren Dienstherrn im Rahmen ihrer Dienstobliegenheiten zu leisten. Das in sie gesetzte Vertrauen hat seine Grundlage im Dienstvertrag. Sie bilden kein Rechtspflegeorgan, mag man den Begriff noch so weit fassen; sie können daher keine Praevarication begehen.²⁾ Soweit die Syndici zugleich Rechtsanwälte sind, ist jedoch im Zweifel jede Rechtsbetreuung, die ausserhalb des rein dienstlichen Bereichs liegt, als Tätigkeit des Rechtsanwalts anzusehen.

1) Gegen eine Strafmöglichkeit des Notars wenden sich besonders Decker S. 55, Fries S. 31, Wolff S. 83

2) a.A. Rothardt S. 33, Weimar S. 29, Gnodtke S. 12 für den Privatsyndicus

g) Richter und Staatsanwälte.

Sie bilden je eine der anderen Säulen, auf denen das Gebäude der Rechtspflege ruht. Als solche haben sie einen gegenüber der Rechtsbeistandschaft gänzlich anders gearteten Aufgabenbereich. Soweit sie im Einzelfall aufgrund ihrer Rechtskenntnisse Rechtsbeistand gewähren, tun sie dies als Privatleute, -regelmässig wohl aus Gefälligkeit- wie es auch jeder andere tun kann, der über hinreichende Rechtskenntnisse verfügt. Eine solche Tätigkeit kann und soll offensichtlich nicht durch § 356 StGB geschützt werden.¹⁾

h) Personen gemäß § 138 II StPO.

Einen Sonderfall innerhalb dieses Abschnitts bilden die Personen des § 138 II StPO d.h. diejenigen, die als Wahlverteidiger, jedoch bei einer notwendigen Verteidigung nur in Verbindung mit einer Person des § 138 I StPO, zugelassen werden können. Es fallen hierunter die Rechtsbeistände nach dem RBG aber auch Beamte, überhaupt Personen, die aufgrund ihrer Rechtskenntnisse und Fähigkeiten geeignet sind, eine Verteidigung zu übernehmen. Da es sich um echte Rechtsbeistandschaft für eine der wichtigsten Tätigkeiten eines jeden Rechtsbeistandes²⁾ auf der Grundlage persönlichen Vertrauens handelt und eine staatliche Ermächtigung zugrunde liegt, mag sie auch für den Einzelfall erteilt sein, entspricht die Unterstellung dieser Personen unter den § 356 dem Sinn und Zweck der Strafnorm.³⁾

6) Freie Berufe mit gelegentlicher Rechtsbeistandleistung.

Wirtschaft und Steuerwesen haben es wegen der besonderen Wichtigkeit aber auch wegen der Schwierigkeiten hinsichtlich der zweckmässigen rechtlichen Organisation und vollständigen Erfassung sämtlicher rechtlich möglichen Steuervorteile insbesondere für die Unternehmer mit sich gebracht, daß sich besondere Berufszweige mit diesen Sondermaterien beschäftigen. Auf wirtschaftliche Gebiet gehören hierher die Wirtschaftsprüfer, auf dem Gebiet des Steuerwesens die Steuerberater und Helfer in Steuersachen. Die Hilfe dieser Personengruppen liegt zwar in erster Linie auf wirtschaftlichem bzw. allgemein steuerlichem Gebiet. Sie dürfen jedoch auf ihrem Sondergebiet ihrem Mandanten echten Rechtsbeistand auch vor Behörden gewähren.

1) so Weimar S. 29

2) Auch der Verteidiger nach § 138 II StPO hat das Recht der Akteneinsicht.

3) ebenso Kohlrausch-Lange IV zu § 356, Dreher-Maassen Anm. 1 zu § 356, Haferland S. 76, Weimar S. 32, a.A. Decker S. 52, Wolff S.

Diese Personengruppen, die wie die Patantanwälte freiberuflich arbeiten, sind zwar noch nicht in der gleichen Weise wie diese organisiert. Es fehlt - diesbezügliche Gesetze sind jedoch in Vorbereitung - vor allem die Standesgerichtsbarkeit. Sie haben jedoch mit den Patentanwälten gemeinsam, daß sie wie diese auf einem Sondergebiet aufgrund staatlicher Ermächtigung, der eine Eignungsprüfung vorausgeht, auch Rechtsbeistand leisten können. Die mehr oder minder schnelle Entwicklung einer eigenen Standesorganisation einschliesslich Standesrechts kann für die Anwendbarkeit des § 356 nicht entscheidend sein.¹⁾ Wesentlich ist, daß diese Berufsgruppen aufgrund eines freien Mandatsvertrages, getragen vom Vertrauen ihrer Mandanten, tätig werden. Ihre Unterstellung unter den § 356 ist daher geboten.²⁾

Neben den Patentanwälten sind gemäss § 9 des 2. Gesetzes zur Änderung und Überleitung von Vorschriften auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes vom 2.7.1949 für die berufsmässige Vertretung vor dem Patentamt und die Beratungstätigkeit im Gesamtgebiet des gewerblichen Rechtsschutzes die Inhaber von Erlaubnisscheinen, Patent- und Zivilingenieure genannt,³⁾ zuständig. Ihre Zulassung erfolgt auf Antrag, wenn eine staatliche oder akademische Abschlußprüfung einer technischen Hochschule oder Bergakademie und 1 Jahr praktisch technische Tätigkeit oder eine abgeschlossene technische Ausbildung auf einer staatlich anerkannten oder gleichwertigen deutschen Lehranstalt und 3 Jahre praktische Tätigkeit auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes nachgewiesen werden. Der Nachweis von Rechtskenntnissen wird nicht verlangt. Die Erlaubnisscheininhaber unterstehen der Aufsicht des Präsidenten des Patentamts. Nicht völlig klar geregelt ist, inwieweit sie noch der Gewerbeordnung unterliegen. Jedenfalls sind sie keine reinen Gewerbetreibenden. In dieser Hinsicht unterscheiden sie sich aber noch von den Rechtsbeiständen, die völlig aus der Gewerbeordnung herausgenommen worden sind.

1) Die Entwicklung ist in dieser Hinsicht bei den Patentanwälten verhältnismässig schnell vor sich gegangen.

2) Eine Strafbarkeit kommt jedoch nicht in Frage, wenn sie ihrem Mandanten lediglich in ihrer Eigenschaft als Wirtschaftsprüfer gedient haben.

3) siehe: Bekanntmachung betr. die Berufsbezeichnungen der Inhaber von Erlaubnisscheinen nach § 58 Pat.Anw.G. vom 28.9.33 und der nach § 60 tätigen Personen Bl. 1936 S. 148. Diese Bezeichnung, die ursprünglich nur für die Erlaubnisscheininhaber nach § 58 PAnw.G vorgesehen war, dürfte sich für alle Erlaubnisscheininhaber nach dem 2. Überleitungsgesetz eingebürgert haben.

Wie die Patentanwälte sind sie aber auch auf ihrem Sondergebiet auch zur Ratserteilung und Vertretung in Rechtssachen zuständig und werden vom Publikum auch zur Vertretung ihrer Interessen in Anspruch genommen. In welchem Umfange sie auch tatsächlich Beistand leisten, kann für die grundsätzlich gebotene Unterstellung unter § 356 nicht maßgebend sein.

Soweit die vorgenannten Personengruppen offensichtlich über den Rahmen ihres Sondergebiets hinaus, für das die staatliche Ermächtigung vorliegt, Rechtsbeistand gewähren, entfällt die besondere Vertrauensbeziehung zwischen Mandant und Rechtsbeistand. Eine solche Rechtsbeistandschaft ist nicht anders zu beurteilen wie diejenige, die von jeder anderen nicht autorisierten Person geleistet wird. Ein Schutzbedürfnis ist insoweit für den Auftraggeber nicht gegeben.

7) Beistände.

Als Beistände können in der Hauptverhandlung nach § 149 StPO der Ehegatte und gesetzliche Vertreter zugelassen werden. Ihre Aufgabe ist die Unterstützung des Angeklagten. Sie haben ein Anrecht auf Gehör und können Beweiserhebungen anregen. Die Rechte eines Verteidigers haben sie nicht. Sie sollen diesen auch nicht ersetzen.

Weitergehende Rechte hat der Beistand nach § 69 JGG. In der Hauptverhandlung - nicht im Vorverfahren - hat er die Rechte eines Verteidigers. Ihm kann, dessen Bestellung im pflichtgemässen Ermessen des Jugendrichters liegt, Akteneinsicht gewährt werden. Er hat jedoch nicht die Rechte des Angeklagten oder Verteidigers, z.B. bezüglich der Einlegung von Rechtsmitteln. Auch er soll nicht der rechtliche Berater des angeklagten Jugendlichen sein.

Der Beistand nach § 90 ZPO und § 11 ArbGG hat denselben Aufgabenbereich.

In allen diesen Fällen ist eine Unterstellung unter den § 356 abzulehnen. Die Bestellung der Beistände erfolgt nicht zum Zwecke der Rechtsbetreuung sondern zur Unterstützung des Angeklagten. Sie üben daher nicht die Tätigkeit eines Rechtsbeistandes aus. Ihre Rechte erstrecken sich nach dem Gesetz nur soweit, wie es für den Unterstützungszweck erforderlich ist.

8) Amtsträger.

Einige Strafrechtlehrer¹⁾ wollten auch alle Personen, die vorübergehend mit einem Amt wie z.B. dem des Konkursverwalters, Nachlaßpflegers, Nachlaßverwalters, Zwangsverwalters und Testamentsvollstreckers betraut sind, dem § 356 unterstellen. Die Amtstätigkeit als solche hat jedoch mit Rechtsbeistandschaft grundsätzlich nichts zu tun. Sie sind nicht Vertreter einer Partei sondern Partei kraft Amtes und vertreten daher im Rahmen ihrer Amtstätigkeit auch nicht einseitige Interessen. Ihre Tätigkeit ist rein verwaltender Art. Zu den Ämtern werden zwar regelmäßig nur solche Personen bestellt, die über gewisse Rechtskenntnisse verfügen, weil die gewissenhafte Ausübung des Amtes die Beachtung von Rechtsvorschriften voraussetzt. Diese Tatsache ist jedoch für die grundsätzliche Frage, ob dieser Personenkreis Praevarication begehen kann, ohne Bedeutung. Die Unterstellung dieses Personenkreises unter § 356 ist daher abzulehnen. Soweit ein Amtsträger jedoch im Einzelfall echten Rechtsbeistand gewährt, tut er es nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit seinem Amt. Eine Strafbarkeit ist dann gegeben, wenn auch die übrigen Tatbestandsmerkmale der Bestimmung erfüllt sind.

9) Vertreter von Interessengruppen.

Gedacht ist hierbei in erster Linie an Vertreter von Gewerkschaften oder selbständigen Vereinigungen von Arbeitnehmern und von Vereinigungen von Arbeitgebern oder von Zusammenschlüssen dieser Verbände gemäß § 11 ArbGG. Da diese Interessenvertreter im Dienste von Verbänden oder Vereinigungen stehen, ihre Vertretungstätigkeit einen Teil ihrer Dienstverpflichtungen ausmacht, die Vertretung aufgrund der Mitgliedschaft in der Interessenvereinigung erfolgt, ihr daher kein besonderes Vertrauensverhältnis zugrunde liegt, erscheint es bedenklich, sie dem § 356 zu unterstellen.²⁾

10) Rechtsgutachter.

Sie sind keinesfalls Rechtspflegeorgane. Ihre Beauftragung erfolgt aufgrund besonderer Fähigkeiten oder Kenntnisse auf

1) so Gerland S. 388, von Hippel S. 318, Decker S. 55, Fries S. 31, Sauer S. 522, Schönke-Schroeder II 1 zu § 356, Weimar S. 29, Bayer EGH Bd. 2 S. 54; a.A. Maurach Bes. T. § 82 VII 1, der sonst aber für einen erweiterten Täterkreis eintritt. Die Praevaricationsmöglichkeit nur für den Test. Vollstrecker bejaht Wolff S. 83

2) ebenso Wolff S. 84, Gerland S. 366, von Hippel S. 318, Schönke-Schroeder II 1 zu § 356.

auf einem Sondergebiet im Einzelfall, sei es durch das Gericht, sei es durch eine Partei. Die Leistung von Rechtsbeistand ist regelmässig damit nicht verbunden. Die Rechtsgutachtertätigkeit beschränkt sich auf die Erörterung der Rechtslage und hat mit der Durchsetzung von Rechtsansprüchen nichts zu tun. Sollte dennoch Rechtsbeistand im Einzelfall gewährt werden, so besteht kein Rechtsschutzbedürfnis für diejenigen, die sich dem Gutachter anvertrauen, weil solche Beistandsleistung gänzlich ausserhalb des Rahmens der üblichen Tätigkeit des Gutachters liegt,¹⁾ es sei denn, daß sie ohnehin zu einem Personenkreis gehören, der Rechtsbeistand beruflich gewährt.

11) Prozeßbevollmächtigte.

Auch die Prozeßbevollmächtigten des Parteiprozesses nach § 79 ZPO fallen, soweit sie die Rechtsbetreuung nicht berufsmässig betreiben, sinngemäss nicht unter § 356.²⁾ Sie vertreten die Partei im Prozeß und beraten sie rechtlich, soweit sie dazu in der Lage sind. Ihre Tätigkeit erfolgt regelmässig aufgrund persönlicher Beziehungen zu dem Vertretenen, seien sie durch ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis oder durch persönliche Bekanntschaft begründet. Hierauf gründet sich auch das ihnen geschenkte Vertrauen. Die typischen Merkmale der selbständigen Rechtsbeistände sind daher nicht gegeben.

II. Die strafbare Handlung.³⁾

A. Allgemeines.

Da die Tätigkeit des Rechtsbeistandes, wie schon der Wortinhalt besagt, darin besteht, rechtlichen Beistand zu gewähren, durch § 356 die Beistandsgewährung in gewissen Fällen aber unter Strafe gestellt ist, gilt es die Grenzen zwischen dem nicht strafbaren und strafbaren Tun genau abzustecken. Es ist dabei herauszuarbeiten, was von alters her im Volksbewußtsein die Überzeugung von der Verwerflichkeit und Strafwürdigkeit jener Interessenverletzung hervorgerufen hat, für die allein das Wort "Parteiverrat" geprägt

1) ebenso Ebner S. 72, Kohler in GA Band 54 S. 20, Rothardt S. 23, Weimar S. 29

2) a.A. Kohlrausch-Lange IV zu § 356

3) Behandelt werden in diesem Abschnitt die einzelnen Tatbestandsmerkmale, auch soweit sie nur Delikts- bzw. Handlungsvoraussetzungen sind. Keine Stellungnahme erfolgt zu den verschiedenen Theorien über den Handlungsbegriff, insbesondere ob der Vorsatz dazu gehört, da sie für die Ausdeutung des § 356 nicht erforderlich ist.

ist, also die Preisgabe der Treuepflicht gegenüber dem Mandanten an seinen Gegner.¹⁾ Das Gesetz tut es, indem es die Beistandesleistung nach Absatz 1 unter Strafe stellt, die der Rechtsbeistand 1) vermöge seiner amtlichen Eigenschaft 2) bei anvertrauten Angelegenheiten 3) in derselben Rechtssache 4) beiden Parteien 5) pflichtwidrig 6) gewährt (dient). Für den erschwerten Fall des Absatz I verlangt das Gesetz weiter das Einverständnis mit der Gegenseite und ein Handeln zum Nachteil der ersten Partei.

Da der Begriff der Beistandsleistung - Dienen durch Rat oder Beistand nach Absatz I und Handeln nach Absatz II, - also die eigentliche Praevaricationshandlung inhaltlich durch die übrigen Tatbestandsmerkmale des Delikts mitbestimmt wird, empfiehlt es sich, diese Merkmale zunächst zu erläutern.

B) Die einzelnen Tatbestandsmerkmale des Absatz I.

1) "vermöge seiner amtlichen Eigenschaft"

Da sich die Worte auf den Täterkreis beziehen, sind sie bereits einmal, und zwar bei der Erörterung des Umfanges des Täterkreises gewürdigt worden.²⁾ Geppert³⁾ ist aber wohl mit Recht der Ansicht, daß die Worte für den Umfang des tauglichen Täterkreises nichts besagen, den tauglichen Täter vielmehr voraussetzen.

Die Worte bringen zum Ausdruck, daß eine strafbare Handlung nur vorliegt, wenn die Angelegenheit dem Täter "vermöge seiner amtlichen Eigenschaft", d.h. nicht als Privatperson, sondern gerade als Rechtsbeistand anvertraut worden ist.⁴⁾ Das Wort "vermöge" ist heute nur noch ein wenig gebräuchlicher Ausdruck und bedeutet soviel wie "kraft, auf Grund von".⁵⁾ Da die Rechtsbeistandschaft - von wenigen Ausnahmen abgesehen - als Beruf ausgeübt wird,⁶⁾ bringen die Worte praktisch zum Ausdruck, daß der Rechtsbeistand auf

1) so "Denkschrift des Deutschen Anwaltsvereins in JW 1929 S. 987.

2) siehe S. 37ff. Das Ergebnis war, daß der Rechtsbeistand des § 356 keine amtliche Eigenschaft mehr besitzt und die Worte nur bedeuten können, daß Rechtsbeistand derjenige ist, der generell oder im Einzelfall ausdrücklich zur Rechtsbeistandsleistung zugelassen ist.

3) S. 14

4) so Edelman S. 48 f, ebenso RG in JW 1937 S. 3304 mit weiterer Rechtssprechung.

5) a.A. Decker S. 76 f.

6) Nach Früh S. 136 f haben die Worte "vermöge seiner amtlichen Eigenschaft" ihre Bedeutung für die Ermittlung des tauglichen Täterkreises und die Abgrenzung der Berufstätigkeit bzw. Tätigkeit im Einzelfall auf Grund Gesetzes oder spezieller Ermächtigung von den gänzlich ausserhalb dieser Bereiche liegenden Tätigkeiten, wollen aber kein weiteres neues Merkmal für die Praevaricationsmöglichkeit aufstellen. Die "amtliche Eigenschaft" ist entgegen Früh immer zu bejahen, wenn eine Person in Frage steht, die zu dem allgemeinen Täterkreis gehört.

Grund seines Berufes tätig werden muss.¹⁾ Die Mitteilung durch die anvertrauende Person muss so beschaffen sein, daß sie für den Rechtsbeistand erkennbar in das Treueverhältnis aufgenommen, er also beruflich in Anspruch genommen werden und nicht eine reine Gefälligkeit gänzlich ausserhalb der Berufstätigkeit erweisen soll.²⁾

Dies ist regelmässig anzunehmen, wenn der Rechtsbeistand an seiner Berufsstätte aufgesucht wird³⁾ oder wenn er an einen anderen Ort zur Besprechung oder Regelung einer Rechtsangelegenheit gebeten wird. Dies gilt auch dann, wenn die vorgesehene rechtliche Beratung⁴⁾ anlässlich eines geselligen Zusammenseins oder eines Essens stattfindet. Eine unvorhergesehene Erörterung rechtlicher Fragen ausserhalb der Berufsstätte z.B. bei zufälligem Zusammentreffen auf der Strasse, in einem Verkehrsmittel oder an anderer Stelle dürfte jedoch im allgemeinen nur als eine Unterhaltung und damit nicht als Berufstätigkeit anzusehen sein. Eine beabsichtigte Bindung des Rechtsbeistandes ist in einem solchen Falle im allgemeinen nicht anzunehmen; jedoch können die Umstände des Einzelfalles besonders eine eingehende Erörterung des Streitstoffes, womöglich noch unter Benennung der Beteiligten, für die berufliche Inanspruchnahme sprechen. Entscheidend für die Frage, ob eine solche erfolgen sollte, ist der Wille des Rechtsuchenden, sofern er für den Rechtsbeistand erkennbar ist.

Das Motiv der Beistandsleistung⁵⁾ und die Unentgeltlichkeit sind ohne Bedeutung, möge das Motiv nun Freundschaft, Mitleid, Gefühl der moralischen Verpflichtung, Geschäftsinteresse, Gefälligkeit⁶⁾ oder ähnlicher Art sein. Selbst der Wille, der

1) Es erübrigen sich so auch nähere Erörterungen darüber, ob es richtiger ist, die Worte durch "vermöge seines Amtes" zu ersetzen, so Hälschner II 2 S. 1083, Haferland S. 76

2) Die Eigenschaft als Rechtsbeistand muss deshalb dem Anvertrauenden bekannt sein, so RG in JW 1937 S. 3304, vgl. auch Olshausen Erg.Bd. 1936 zu § 356 S. 1909 Note 2 Zeile 26

3) so RGSt 49 S. 342 (343) und 62 S. 289 (292 f).

4) Ein Beistand wird regelmässig als berufliche Tätigkeit anzusehen sein.

5) so RGSt 62 S. 289 (292 f) RG in JW 1937 S. 3304

6) a.A. allem Anschein nach Becker S. 28, der eine geschäftsmässige Betreuung des Rechtsbeistandes fordert und deshalb den Gefälligkeits-, den freundschaftlich erteilten Rat schlechthin nicht in die Bindung des Rechtsbeistandes hineinnimmt; im Sinne der hier vertretenen Auffassung das RG in JW 1937 S. 3304: der Rat aus Gefälligkeit schliesse nicht generell aus, daß der Anwalt in Ausübung seines Berufes tätig geworden sei.

Gerechtigkeit zu dienen, wenn z.B. ein Vertrag, bei dem der Anwalt maßgeblich mitgearbeitet hatte, zu Unrecht von dem Erstauftraggeber angegriffen wird.¹⁾ rechtfertigt nicht den Übergang zum Gegner. In allen diesen Fällen wird der Rechtsbeistand in seiner beruflichen Eigenschaft regelmässig in Anspruch genommen.²⁾

Auch wenn der Rechtsbeistand von sich aus seine Dienste einem guten Bekannten unentgeltlich anbietet, so ergibt sich daraus nicht ohne weiteres, daß der Dienst ausserhalb der Berufssphäre erfolgen soll.³⁾ Im allgemeinen ist davon auszugehen, daß die Tätigkeit auf Grund der Stellung als Rechtsbeistand erfolgt. Das Gegenteil ist nur anzunehmen, wenn der Rechtssuchende dies deutlich zu erkennen gibt oder die Umstände einwandfrei ergeben, daß der Rechtsbeistand nicht in seiner beruflichen Eigenschaft in Anspruch genommen werden soll. Für die berufliche Inanspruchnahme spricht also eine widerlegbare Vermutung. Die Annahme von Geppert⁴⁾, es komme darauf an, ob der Rechtsbeistand als Rechtskundiger oder in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt in Anspruch genommen werde, dürfte nicht generell zutreffen, jedenfalls dann nicht, wenn dem Rechtssuchenden der Beruf des Rechtsanwalts bekannt war. Entscheidend können deswegen immer nur die Gesamtumstände des Einzelfalles sein.

Der Rechtsbeistand muß beiden Parteien als solcher dienen. Die Strafmöglichkeit entfällt also, wenn der Täter entweder bei seinem Dienen gegenüber der ersten ihm anvertrauten Partei noch nicht Rechtsbeistand im Sinne des § 356 war oder seine Eigenschaft beim Dienen gegenüber der Gegenpartei z.B. infolge inzwischen erfolgter Löschung in der Anwaltsliste verloren war.⁵⁾ Ein zwischen dem Dienst gegenüber der ersten und anderen Partei ergangenes vorläufiges Vertretungsverbot schliesst aber die Strafbarkeit nicht aus, da die Zulassung als solche zur Rechtsbeistandschaft durch ein solches

1) Beispiel von Max Hogrefe in seinem Korreferat für den

11. Unterausschuss der Deutschen Rechtsanwaltskammern.

2) Die gemeinrechtliche Lehre nahm zum Teile eine Bindung des Rechtsanwalts nicht mehr an, wenn das Honorar an den Mandanten zurückgezahlt wurde. Diese Ansicht wird heute einhellig abgelehnt.

3) a.A. Edelmann S. 48

4) S. 75 f

5) so Cüppers in NJW 1947 S. 5, a.A. Wolff S. 95 Note 2 Geppert S. 88. Die amtliche Eigenschaft muß aber nach Sinn und Wortlaut während des beiderseitigen Dienens gegeben sein. Führt ein Anwalt für A gegen B einen Prozess und

Verbot nicht berührt wird. Tätigkeiten, die gänzlich ausserhalb der Berufssphäre vorgenommen wurden, hindern den Rechtsbeistand - strafrechtlich gesehen - nicht, später die eine oder andere Partei in derselben Rechtssache zu vertreten.

2. "bei den ... anvertrauten Angelegenheiten"

a) Auslegung des Merkmals.

Der Begriff der "anvertrauten Angelegenheiten" wurde bereits zum Teil bei der Erörterung des Schutzobjektes des Delikts gewürdigt, da er auf die Vertrauensbeziehung zwischen Rechtsbeistand und Mandant hinweist. Über den unmittelbaren Sinngehalt hinaus geben die Merkmale aber möglicherweise einen Hinweis auf den im Gesetz nicht ausdrücklich geregelten Beginn und das Ende der Praevaricationsmöglichkeit.

Anvertraut ist eine Rechtssache in dem Augenblick, in dem dem Rechtsbeistand die Besorgung angetragen wird und ihm zu diesem Zweck Mitteilungen bezüglich des Sachverhalte gemacht werden.¹⁾ Ob die Mitteilungen schriftlich, mündlich oder telefonisch dem Rechtsbeistand selbst oder einem seiner Mitarbeiter zugehen, spielt keine Rolle, ebensowenig ob eine Vollmacht erteilt wird und Handakten angelegt werden. Es genügt die Angabe des Sachverhalte in der Auffassung des Mandanten zum Zwecke der Wahrnehmung seiner Interessen durch Rat oder Beistand durch den Rechtsbeistand.²⁾ Ein besonderes Sichanvertrauen, Sichoffenbaren ist nicht erforderlich. Es brauchen überhaupt keine Tatsachen anvertraut sein. Die Tatsachen können, z.B. dem Rechtsbeistand anderweitig bekanntgeworden sein. Eine Angelegenheit ist daher auch dann anvertraut, wenn es sich nur noch um Fragen der Rechtsauslegung handelt. Ein Vertrauensbruch ist deshalb nicht erforderlich.³⁾ Tatsachenmitteilung ist für das Anvertrauen nicht wesentlich.

Die Annahme Alsbarg's⁴⁾, daß die Geheimnisverwertung notwendig zur Praevaricationshandlung gehöre und beim Fehlen des Bewußtseins der Geheimnisverwertung und damit des Vertrauensbruches der Vorsatz ausgeschlossen sei, ist nicht zu billigen. Mit Recht und erteilt er dem B während einer Konzertveranstaltung in derselben Rechtssache vertrauliche Informationen, so tut er dies entgegen Geopert S. 88 in seiner Eigenschaft als Anwalt.

1) so Binding II 2 S. 580

2) RGSt 49 S. 342 (343) und 62 S. 289 (291)

3) so RGSt 49 S. 342 (344), Laue S. 57

4) Anm. A zu RG in JW 1926 S. 1571

wendet sich Friedlaender¹⁾ gegen ihn, der darauf hinweist, daß nicht die Geheimnisverwertung, sondern die Vertretung der, zu den ihm anvertrauten, entgegengesetzten Interessen, mithin die Treulosigkeit, den Parteiverrat kennzeichne. Konsequenterweise müßte Alsberg auch schon beim Fehlen des Bewußtseins des Geheimnisverrats den Tatbestand nicht als erfüllt ansehen, welche Folgerung er aber nicht zieht.

Häufig wird jedoch der Rechtsbeistand, wenn er dem Gegner in derselben Rechtssache dient, vom Mandanten anvertraute Mitteilungen zu Gunsten des Gegners in irgendeiner Form verwenden, sei es in Kenntnis, daß ein Geheimnis verraten wird oder nicht. Die Offenbarung anvertrauter Geheimnisse entspricht aber keineswegs dem Grundgedanken des § 356. Wolff²⁾ drückt sich so aus, daß der Nachdruck nicht auf dem Anvertrauen "von" sondern "zu etwas" läge.

Die Anvertrauung der Angelegenheit ist nach Sinn und Wortlaut des Gesetzes nur ein Erfordernis mit Bezug auf die erste Partei. Das Dienen für die Gegenpartei kann ohne jede rechtliche Bindung an sie, ohne daß diese sich anvertraut hätte, erfolgen.³⁾ Die Verwendung des Wortes "Angelegenheiten" zeigt im übrigen, daß irgendeine Beschränkung hinsichtlich des Gegenstandes der Anvertrauung nicht vorgenommen werden sollte.⁴⁾

b) Der Beginn der Praevaricationshandlung.

Der gesetzliche Tatbestand läßt nicht klar erkennen, innerhalb welchen Zeitraumes, bezogen auf die Zeit der ersten Fühlungnahme des Rechtsbeistandes mit dem Mandanten bis zur endgültigen Erledigung der anvertrauten Angelegenheit die Praevarication begangen werden kann. Es fragt sich jedoch, ob nicht das Merkmal der "anvertrauten Angelegenheiten" etwas über Beginn und

1) Anm. B ebenda

2) S. 91

3) so RG in JW 1937 S. 3304

4) Becker S. 48, Ebner S. 48, Früh S. 134 und Riffel S. 39 wollen unter "Angelegenheiten" dasselbe wie "Rechtssachen" verstehen. Unter "Angelegenheiten" sind jedoch alle mitgeteilten Tatsachen, die Information schlechthin, also auch solche Tatsachen zu verstehen, die für das Streitverhältnis ohne Bedeutung sind. Die Unterscheidung zwischen "anvertrauten Angelegenheiten" und der "Rechtssache" ist auch deshalb geboten, weil der Rechtsbeistand nicht mit der Wahrnehmung jedes aus der anvertrauten Angelegenheit entspringenden Rechtsinteresses beauftragt zu sein braucht. Nach Weimar S. 37 ist die "Angelegenheit" Bestandteil einer "Rechtssache", vergl. auch Decker S. 69

und Ende einer möglichen Praevarication aussagt.

Das Anvertrauen der Angelegenheiten kann vor oder nach Abschluss des Mandatsvertrages erfolgen bezw. des entsprechenden staatlichen Auftrages. Die Anvertrauung ist mit dem Mandatsabschluss oder der Bestellung zum Armenvertreter oder Verteidiger nicht identisch.¹⁾ Hinsichtlich der Rechtssache, die mit den anvertrauten Angelegenheiten nicht identisch zu sein braucht, wird unterschieden zwischen einer Vertrauens- theorie, die in der Mitteilung des Streitverhältnisses auch ohne Vertragsabschluss ein Anvertrauen und den Beginn der Praevaricationsmöglichkeit sieht²⁾ und einer Vertragstheorie, die die Praevaricationsmöglichkeit vom Vertragsabschluß abhängig macht.

Sollte die Rechtssache bereits vor Abschluß des Mandatsvertrages dem Rechtsbeistand anvertraut sein, so fragt es sich, ob die Bindung und damit die Praevaricationsmöglichkeit bereits mit dem Anvertrauen gegeben ist.³⁾

Wolff⁴⁾ nimmt entgegen dem Reichsgericht an, daß eine rechtliche Bindung bereits erfolge, wenn der Rechtsuchende den Sachverhalt mitgeteilt, sich anvertraut habe und der Rechtsbeistand sich in Ausübung seines Amtes rechtlich selbst gebunden habe. Sich selbst gebunden habe er mit der Inaussichtstellung der Annahme des Vertragsangebots, wenn nicht sofort die Ablehnung erklärt werde, nicht erst mit der Annahme des Angebots selber, d.h. der Übernahme der Verpflichtung, die den Regelfall bilde.

Die Ansicht Wolff's ist abzulehnen. Es fehlt an einer hinreichenden Begründung dafür, daß das Anvertrauen, die Mitteilung des Sachverhalts verbunden mit einem Negativum, nämlich der nicht sofort erfolgten Ablehnung des Vertragsangebots, die rechtliche Bindung herbeiführen soll.⁵⁾ Eine Beziehung zwischen Anvertrauen und rechtlicher Bindung ergibt sich weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn der Strafnorm. Auch für das Inaussichtstellen

1) so Olshausen N. 2 zu § 356, Oppenhoff-Delius N. 3 zu § 356

2) so Meves in HH. Iffl S. 1016 f., Becker S. 28/30, Riffel S. 40, Rothardt S. 29, Weimar S. 38 f. Unklar ist Geppert S. 80, 85, der zwischen dem Anvertrauen der Mitteilung, d.h. dem Anhören des Tatsachenvortrages und dem Anvertrauen der Sache selbst unterscheidet, für letztes aber kein Vertragsverhältnis verlangt. Ein praktischer Unterschied ist hinsichtlich der theoretischen Unterscheidung nicht zu erkennen.

3) verneinend schon Oppenhoff-Delius Note 3 zu § 329 prStGB, Riffel S. 40

4) S. 91 f., ebenso Gnodtke S. 19 f

5) so auch Riffel S. 40

der Annahme des Vertragsangebots kann nichts anderes gelten.¹⁾

Ähnlich wie Wolff, jedoch nicht völlig klar, äussert sich Decker,²⁾ der einerseits eine Bindung annimmt, wenn der Rechtsbeistand nach Vortrag des Sachverhalts durch den Rechtsuchenden erklärt, sich die Übernahme des Falles noch überlegen zu wollen, andererseits aber die Bindung verneint, wenn der Rechtsbeistand vor Annahme des Falles auf die Möglichkeit der Ablehnung hinweist. Die Inaussichtstellung der Annahme begründet nach Decker bereits die Bindung. Der Hinweis auf die Möglichkeit der Ablehnung des Vertragsantrages kann aber nicht entscheidend sein. Der Rechtsuchende weiß, daß der Rechtsbeistand die Übernahme des Mandats ablehnen kann, solange nicht die Annahme erfolgt ist.

Erfolgt das Anvertrauen nach Abschluß des Mandatsvertrages, so ist der Rechtsbeistand ab Vertragsabschluss an die einseitigen Interessen seines Auftraggebers gebunden und darf der Gegenseite seine Dienste nicht mehr zur Verfügung stellen.³⁾

Für den Vertragsabschluß selbst gelten die allgemeinen Regeln des BGB über den Vertrag. Das Vertragsangebot kann ausdrücklich, stillschweigend oder durch konkludente Handlungen, durch den Rechtsbeistand selbst oder seine Mitarbeiter angenommen werden. Der letzte Fall liegt vor, wenn der Anwalt auf schriftliches Angebot hin auch ohne Annahmeerklärung für den Antragenden tätig wird. Die Vollmachtserteilung ist unwesentlich. Sie stellt nur eine widerlegbare Vermutung für den Vertragsabschluß dar.

Sollte der Mandatsvertrag nach den §§ 107 oder 177 BGB schwebend unwirksam oder wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung anfechtbar sein, so besteht doch die Treupflicht des Rechtsbeistandes und damit die Praevaricationsmöglichkeit, mag der Vertrag infolge späterer Nichtgenehmigung oder Anfechtung auch hinfällig werden. Die Praevaricationsmöglichkeit wird selbst dann zu bejahen sein, wenn der Vertrag wegen Verstosses gegen die guten Sitten nichtig ist,⁴⁾ so wenn der Rechtsbeistand einen Auftrag zur Einziehung von Forderungen aus einem unsittlichen Rechtsgeschäft in Kenntnis des Rechtsgrundes übernimmt. Der Mandant verdient zwar in diesem Falle keinen Rechtsschutz. Dem Rechtsbeistand kann es jedoch nicht gestattet sein, in Ausübung der unsauberen Vertragsgrundlage einen Freibrief für unsauberes

1) ebenso Geppert S. 82

2) S. 72 f.

3) so Riffel S. 40

4) so Decker S. 75, Geppert S. 83, Gnodtke S. 20

Verhalten seinerseits durch Hinüberwechslung zur Gegenpartei zu erhalten. Nicht der Rechtsgrund bzw. die Anspruchsgrundlage sondern nur das in dem Abschluß des Mandatsvertrages liegende Treueversprechen ist maßgebend. Die Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze, etwa des Gedankens der culpa in contrahendo, ist ausgeschlossen.

Sollte ein Mandatsvertrag nach den allgemeinen Auslegungsregeln nicht zustangekommen sein, so besteht auch keine Bindung des Rechtsbeistandes. Sollte der Rechtsbeistand irrtümlich einen gültigen Verrtragsabschluß annehmen, so liegt - vorausgesetzt, daß im übrigen objektiv und subjektiv der Tatbestand des § 356 erfüllt ist - ein strafbarer Versuch, kein Putativ (Wahn)verbrechen vor. Die Untauglichkeit bezieht sich nur auf das Mittel. Der Streit um die Abgrenzung des strafbaren untauglichen Versuchs vom straflosen Wahnverbrechen bezieht sich heute nur noch auf den irrationalen Versuch und die irrige Annahme der Täterqualität.¹⁾

Das Gesetz fordert aber zum Praevaricationstatbestand nicht nur ein Anvertrauen und die rechtliche Bindung an eine oder beide Parteien, sondern ein Mehr, das Dienen, d.h. eine Tätigkeit zunächst für die Partei, der der Rechtsbeistand verpflichtet ist, und dann für die Gegenpartei, ~~die die Strafbarkeit~~ begründet. Die entgegengesetzte Ansicht,²⁾ die ein Dienen bereits in der Übernahme der rechtlichen Verpflichtung sieht, wenn der Rechtsbeistand für die Partei amtlich tätig werden soll, übersieht, daß das Dienen durch Rat oder Beistand zu erfolgen hat. Nicht das Anvertrauen von Tatsachen, deren Preisgabe hinreichend durch § 300 StGB geschützt ist, ist für den Praevaricationstatbestand ausschlaggebend, sondern das Dienen gegenüber beiden Parteien. Wenn sich ein Rechtsuchender dem Rechtsbeistand ohne Vertragsabschluß anvertraut hat, so hat dieser damit dem Rechtsuchenden noch nicht gedient. Das Inaussichtstellen der Annahme des Vertragsangebots, die Bestellung zum Verteidiger oder die Beiordnung als Armenvertreter oder schließlich der Mandatsabschluß selbst kann noch nicht als Dienen angesehen werden. Ein Dienen ist ebensowenig anzunehmen, wenn der Rechtsbeistand weitere schriftliche oder

1) so besonders Maurach A.T. zu § 43 III B 4 u. C.

2) Ebner S. 54, Früh S. 143, Friedlaender N. 7 zu § 31 RAO, Laue S. 54

mündliche Informationen erbittet, bevor er sich über die Annahme des Mandats entscheidet. Auch der Mandatsabschluß für sich allein genommen erfüllt noch nicht das Merkmal des "Dienens". Die Treueverpflichtung beginnt erst - von einer noch zu erörternden Ausnahme abgesehen -, wenn zu dem Vertragsabschluß bzw. zu der entsprechenden staatlichen Beauftragung das Dienen getreten ist.¹⁾

Vorher ist regelmässig auch keine Schutzwürdigkeit des Rechtsuchenden anzunehmen. Würde der Vertragsabschluß für die Praevaricationsmöglichkeit genügen, so müßte dies auch im Verhältnis zur Gegenpartei gelten, so daß eine Praevarication bereits gegeben wäre, wenn der Rechtsbeistand sich beiden Parteien nur verpflichtet hätte.²⁾ Nach Wolff³⁾ liegt eine Praevarication sogar schon dann vor, wenn der Rechtsbeistand der ersten Partei nur eine Offerte abgibt und dann das Gegenmandat übernimmt; dagegen soll die dem Gegner gemachte Offerte zur Tatbestandsverwirklichung nicht genügen. Die Praevarication ist aber ein Tätigkeitsdelikt. Sie verlangt ein (strafloses) Handeln erst für die eine Partei, dann für die Gegenpartei, nicht nur die Übernahme rechtlicher Verpflichtungen für Tätigkeiten, die sich wegen entgegengesetzter Interessen ausschliessen. Dienen ist also nicht gleichbedeutend mit "Imdienststehen".⁴⁾

Für das "Dienen" selbst genügt der kleinste Rat durch den Rechtsbeistand selbst oder einen seiner Mitarbeiter, ja schon die Meldung bei Gericht als Beöllumächtiger. Auch die Informationsaufnahme nach Vertragsabschluß wird schon als Gewährung einer Berufstätigkeit, mithin als "Dienen" anzusehen sein.⁵⁾

Das "Dienen" und damit die Praevaricationsmöglichkeit kann aber ausnahmsweise auch schon vor dem Vertragsabschluß eintreten. Wenn die angetragene Rechtssache dem Rechtsbeistand Veranlassung gibt, sich die Übernahme des Falles noch zu überlegen und vor der Entscheidung weitere Informationen zu erbitten, so wird er den Rechtsuchenden regelmässig auf die Besonderhei-

1) Nicht in blosser Übernahme oder Beibehaltung eines Mandats liegt bereits ein Dienen so RG in HRR 1938 Nr. 1214.

2) so Ebner S. 54, Edelmann S. 55, Decker S. 82, Riffel S. 44, Weimar S. 43, Wolff S. 106

3) S. 107

4) a.A. ohne Begründung Gnodtke S. 34. Den Vertragsabschluß als Zeitpunkt des Beginns der Bindung des Rechtsbeistandes bezeichnen Oppenhoff N. 3 zu § 329 prStGB, Meves in HH. III S. 1017, Binding II 2 S. 581, Ebner S. 49, Edelmann S. 42, Früh S. 134, Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 506, L.K. N. 7 zu § 356, Rothardt S. 29. Bereits in der gemeinrechtlichen Literatur wurde von Henke § 157 S. 86, Heffter S. 322 § 404 Anm. 2, Tittmann § 498 und Feuerbach-Mittermayer § 426 für die Praevarication der Vertragsabschluß gefordert.

5) so Ebner S. 51, anscheinend auch RG in HRR 1937 S. 1281. Über den Begriff "Dienen" siehe im übrigen weiter S. 186 ff.

ten des Falles hinweisen. In dem Hinweis auf die rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten liegt aber bereits ein Dienen,¹⁾ gleichgültig, ob später das Mandat übernommen oder abgelehnt wird. Eine spätere endgültige Ablehnung wird regelmässig auch vom Rechtsbeistand begründet, d.h. er tritt in eine Erörterung der Rechts-sache ein. Auch in diesem Falle hat der Rechtsbeistand bereits nach dem Anvertrauen ohne Vertragsabschluß gedient. Die Praevaricationsmöglichkeit ist in der abgelehnten Angelegenheit gegeben. Die Stra-möglichkeit wäre lediglich dann zu verneinen, wenn sich das Anver-trauen auf die Entgegennahme der Information beschränkt hätte und die spätere Ablehnung ohne ein Eingehen auf die angetragene Rechts-sache erfolgt wäre.²⁾

Die Weitergabe eines "Auftrages" an einen Kollegen ist noch nicht als Dienen anzusehen, selbst dann nicht, wenn bei dem An-trag anvertraute Tatsachen nachher für den Gegner benutzt werden. Ebensowenig ist ein "Dienen" schon in der Nichtniederlegung ei-nes Mandats zu erblicken.³⁾ Fragen, die lediglich der Aufklärung des Sachverhalts dienen, stellen ebenfalls kein Dienen dar.

Der Rechtsbeistand, der in der Erwartung, daß er der armen Partei als Armenanwalt beigeordnet oder als Pflichtverteidiger bestellt werde, für diese in der Rechtssache bereits tätig wird, kann Praevarication begehen, auch wenn später die Beiordnung oder die Bestellung zum Pflichtverteidiger nicht erfolgt und deshalb die Tätigkeit nach der Ablehnung sofort eingestellt wird. Ent-weder sieht man in einem solchen Falle das faktische Tätigwerden ohne rechtliche Bindung als ausreichend an - der Wortlaut des Gesetzes steht einer solchen Annahme nicht entgegen - oder man nimmt - wohl richtigerweise - den Abschluss eines Vorvertrages an, der im Falle der Beiordnung oder Bestellung durch das öf-fentlich-rechtliche Verhältnis abgelöst wird. Für einen solchen Vorvertrag spricht auch ohne ausdrückliche Vereinbarung und schriftliche Vollmachtserteilung das Recht des Rechtsbeistandes, für seine Tätigkeit im Armenrechtsverfahren eine 3/10-Gebühr zu erheben.

Im Falle der öffentlich-rechtlichen Beiordnung als Armenan-walt gemäß § 116 oder den §§ 668, 679 III und 686 II ZPO, als

1) so Fröh S. 135, Rittet S. 42, im Ergebnis ebenso Ceppert S. 81. Nach Meves in III III S. 1016 ist keine Praevarication möglich, wenn das Mandat abgelehnt wurde, es sei denn, daß bereits das Vertrauensverhältnis durch Ratserteilung begründet wurde.

2) so Binding II 2 S. 581, Oppenhoff-Delius N. 5 zu § 356

3) RGSt. 71 S. 231 (239)

Notanwalt gemäß § 33 bzw. § 38 RAO in der Fassung des Gesetzes vom 21.2.1936 oder als Pflichtverteidiger kann es für den Beginn der Treueverpflichtung des Rechtsbeistandes nicht darauf ankommen, ob neben dem öffentlich-rechtlichen Auftragsverhältnis noch ein privat-rechtlicher Vertrag zustandekommen kann.¹⁾ Die Beiordnung bzw. die Bestellung tritt an die Stelle des privatrechtlichen Vertrages. Die Praevaricationsmöglichkeit entsteht jedoch erst mit dem "Dienen", d.h. dem ersten Tätigwerden zu Gunsten der Person, deren Interessen dem Rechtsbeistand anvertraut worden sind. Wenn also ein Pflichtverteidiger oder Armenanwalt nach der Bestellung oder Beiordnung, jedoch vor Tätigwerden für die anvertraute Person dem Gegner Dienst leisten, so liegt keine Praevarication vor.

Wie die vorstehenden Erörterungen gezeigt haben, braucht sich das "Dienen" nicht auf die von dem Anvertrauenden erbetene Tätigkeit, z.B. die Übernahme einer Prozeßvertretung, zu beziehen. Es muß sich aber auf die anvertraute Angelegenheit in ihrem sachlichen oder rechtlichen Gehalt erstrecken.

Im ganzen zeigt sich, daß die Unterscheidung zwischen dem Anvertrauen, Vertragsschluß und dem Dienst für die Erstpartei mehr theoretischer Natur ist. In der Praxis wird der Fall, daß ein Rechtsbeistand, der sich mit der anvertrauten Angelegenheit beschäftigt hat, nicht gebunden ist und deshalb keine Praevarication begehen kann, sehr selten vorkommen. Jede mehr oder minder intensive Beschäftigung mit der anvertrauten Angelegenheit setzt eine Erörterung derselben voraus, mithin ein Dienen, gleichgültig, was mit ihr weiter geschieht und ob sogar die endgültige Übernahme des Mandats abgelehnt wird.²⁾ Der Rechtsuchende ist daher auch unter Zugrundelegung der hier vertretenen Ansicht, daß die Strafmöglichkeit ein Tätigwerden für die Erstpartei voraussetzt, genügend gegen den Vertrauensbruch durch Hinüberwechslung zur Gegenpartei geschützt. Hinzu kommt der Schutz gegen unbefugte Tatsachenoffenbarung durch § 300 StGB. Dieser Schutz setzt früher ein als die Praevaricationsmöglichkeit.

c) Das Ende der Praevaricationsmöglichkeit.

Die weitere Frage im Anschluß an das Merkmal der "anvertrauten Angelegenheiten" ist, ob die Treuepflicht des Rechtsbeistandes mit dem Zeitpunkt endet, in welchem das Vertrauen -

1) vergl. Becker S. 29/30. Fröh S. 134 nimmt Geschäftsbesorgungsvertrag an.

2) so Riffel S.42

ensverhältnis formell beendet ist, sei es durch Kündigung des Mandats durch den Rechtsbeistand oder den Mandanten, mit dem erteilten Rat oder der Beendigung des Verfahrens, für das die Bevollmächtigung erfolgt war; mit anderen Worten: steht der Dienst für den Gegner in derselben Rechtssache nur dann unter Strafe, wenn er während des bestehenden Mandats mit dem Erstauftraggeber erfolgt - das sogenannte patrocini^{um} praesens - oder auch dann, wenn zwar das Mandat beendet, die anvertraute Angelegenheit in ihren rechtlichen Folgen aber noch nicht erledigt ist - patrocini^{um} successivum?

Die Frage ist bereits unter der Herrschaft des gemeinen Strafrechts streitig und auch im 19. Jahrhundert noch ungeklärt gewesen.¹⁾ Feuerbach-Mittermaier²⁾ und Heffter³⁾ vertraten stets die Ansicht, daß mit Auflösung des Mandatsvertrages die Praevaricationsmöglichkeit entfalle, es sei denn, daß der Rechtsbeistand den Vertrag dolos - Gegensatz: um der gerechten Sache zu dienen - gekündigt habe, um zum Gegner übergehen zu können. Nach Goltdammer⁴⁾ soll im Gegensatz zu Oppenhoff⁵⁾ auch bei § 329 prStGB nur das patrocini^{um} praesens strafbar sein. Die Partikularstrafgesetzbücher⁶⁾ vertraten mit Ausnahme des badi-schen Strafgesetzbuches⁷⁾ übrigens denselben Standpunkt. Die Streitfrage ist heute im Sinne der Strafmöglichkeit auch des patrocini^{um} successivum entschieden.

Die Interessen des Rechtsuchenden, der sich dem Rechtsbeistand anvertraut hat, dauern in der Regel noch an, wenn das Mandat des Rechtsbeistandes schon beendet ist.⁸⁾ Dies ist besonders dann der Fall, wenn der Rechtsuchende nur einen Rechtsrat eingeholt hat. Aber auch dann, wenn der Rechtsbeistand die Interessen des Rechtsuchenden in dem ganzen Verfahren⁹⁾ vertreten hat, und das Verfahren beendet ist, werden die Folgen der Rechtssache häufig noch nicht erledigt sein. Dies gilt besonders

1) vergl. S. 5 f.

2) S. 695 § 426

3) S. 322 Anm. 4, ebenso Henke § 157 S. 87 f

4) "Materialien" II S. 702

5) N. 6 zu § 329 prStGB

6) Bayern Art. 296, Württemberg Art. 456, Hannover Art. 368, Braunschweig Art. 285, Darmstadt Art. 480

7) § 536

8) Geppert S. 84 f weist mit Recht auch darauf hin, daß die Erledigung des Mandats für die Pflichtenbindung nicht maßgebend sein könne, weil Anvertrauen und Dienen bereits vor Mandatsabschluß erfolgen könnten.

9) Das Mandat konnte sich auch auf die Vertretung nur in einem Teil des Verfahrens beschränken.

bei Dauerschuldverhältnissen, aber auch in vielen anderen Fällen.

Wenn der Rechtsbeistand in der Rechtssache, in welcher er zuvor seinem Auftraggeber gedient hat, nach Erlöschen des Mandats straflos dem Gegner dienen konnte, so wurde er in vielen Fällen das, was er für seinen Auftraggeber zunächst erreicht hat, unter der Flagge des Gegners zunichte machen können, zumindest aber das Erreichte wieder in Frage stellen. Das kann nicht rechtens sein.

Hat das Mandat für den Auftraggeber nur kurze Zeit gedauert, was besonders bei einer Beschränkung auf Raterteilung in Frage kommt, so wurde bei Straflosigkeit des patrociniū successivum eine Praevarication kaum möglich sein. Ob das Mandat kurz oder lange gedauert hat, die ganze Streitmaterie oder nur einen Teil umfaßte, der Rechtsuchende will und muß dagegen geschützt werden, daß der Rechtsbeistand in der Rechtssache, in der sich der Rechtsuchende ihm anvertraut hat, entgegengesetzte Interessen vertritt, solange die anvertrauten Interessen noch nicht ihre völlige Erledigung gefunden haben. Sein dargebrachtes Vertrauen bedarf des Schutzes. Die Strafbarkeit des patrociniū successivum ist daher schon aus dem Rechtsschutzgedanken herzuleiten. Seiner Strafbarkeit steht auch der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegen. Der Wortlaut besagt nur, daß das Dienen in derselben Rechtssache erfolgen müsse, enthält jedoch keine Stellungnahme zu der Frage, ob das Dienen auch nach Mandatserledigung strafbar sein könne, solange dieselbe Rechtssache nicht erledigt ist. Das Schweigen des Gesetzgebers schließt die Strafmöglichkeit des patrociniū successivum, das in gleicher Weise wie das patrociniū praesens strafwürdig ist,¹⁾ nicht aus.

3. und 4. "in derselben Rechtssache beiden Parteien"

Selbstständigkeit und Unselbstständigkeit der beiden Begriffe.

Die Begriffe "derselben Rechtssache" und der "Parteien sind die
II) ebenso Hahn S. 484, Meves in HH. III S. 1017, Halschner II
S. 1023 f., Binding II 2 S. 681, Neumeyer "Vergl. Darst." IX
S. 306, Oleshausen N. 5 zu § 356, Oppenhoff N. 6 zu § 329
prStGB, Ebner S. 52 f., Fröh S. 136, Edelmann S. 47 f., Decker
S. 65 f., Sauer S. 521, Weimar S. 41, Geppert S. 84, Kohler
S. 704, Haferland S. 81 f., Wolff S. 101 f., Welzel "Strafrecht"
§ 75 VI 3, Maurach Bes. T. § 82 VII 2 b, RG in HRR. 1935 Nr. 633,
BGHSt 4 S. 80 (831) - NJW 1953 S. 428, BGHSt 7 S. 261 ff., BGH 2 StR
180/54 U.v. 8.2.55, 4 StR 616/54 U.v. 10.3.1955, OLG Hamm in NJW
1955 S. 804, BGH 4 StR 762/53 U.v. 14.4.53 stellt es auf den
Einzelfall ab, wann die Gebundenheit, die Treupflicht, erlischt.
a.A. Goldammer "Materialien" II S. 702, Rothardt S. 32
schließt die Strafmöglichkeit aus, wenn es bei der Mitteilung
des Streitverhältnisses seitens der Partei und Erteilung allge-
meiner Information durch den Anwalt geblieben ist. Die Erteilung
allgemeiner Information ist jedoch bereits als ein "Dienen" min-

dogmatisch schwierigsten Merkmale der Strafnorm. Die Auslegung der Begriffe begegnet besonderen Schwierigkeiten, weil weder der Wortlaut noch die Bezugnahme auf die geschichtliche Entwicklung zu eindeutigen Ergebnissen führen. Sinn und Zweck der Strafnorm müssen deshalb für die Auslegung in erster Linie berücksichtigt werden.

Die Begriffe haben durch das Reichsgericht und die einzelnen Strafsenate des Bundesgerichtshofes zeitweise verschiedene Auslegungen erfahren, ganz abgesehen davon, daß die Begriffsdefinitionen durchweg der Begründung entbehren. Besonders fällt auf, daß beide Begriffe in der höchsten Judikatur nicht stets aus sich heraus sondern vielfach unter Einbeziehung des anderen Merkmals korrelativ erläutert werden.

Das RG definiert den Begriff der "Rechtssache" dahingehend, daß darunter jede rechtliche Angelegenheit zu verstehen ist, bei der mehrere Personen mit widerstreitenden rechtlichen Interessen, mehrere "Parteien", beteiligt sind.¹⁾ Hier ist also innerhalb der Definition über den Rechtssachenbegriff der Begriff der "Parteien" als der mehrerer Personen mit widerstreitenden rechtlichen Interessen erläutert. Diesem Parteibegriff entspricht eine spätere Definition, wonach die "Partei" durch die gegensätzliche rechtliche Beteiligung mehrerer Personen an derselben Rechtssache bestimmt wird.²⁾ Die zweite Definition enthält also gegenüber der ersten Definition zusätzlich das Merkmal "in derselben Rechtssache". Fügt man die letzte Definition des Parteibegriffs in die des Begriffs der "Rechtssache" ein, so würde die Definition lauten: Rechtssache ist jede rechtliche Angelegenheit, bei der mehrere Personen in derselben Rechtssache mit widerstreitenden rechtlichen Interessen beteiligt sind. Bei Einfügung der Definition des Begriffs der "Rechtssache" in die des Parteibegriffs würde umgekehrt die Definition lauten: der Parteibegriff wird bestimmt durch die gegensätzliche rechtliche Beteiligung mehrerer Personen an jeder rechtlichen Angelegenheit, bei der mehrere "Parteien" beteiligt sind. Das Ergebnis ist kein anderes, wenn in der letzten Definition das Wort "Partei" ersetzt wird. Die Definition würde dann lauten: Der Begriff der "Partei" wird durch die gegensätzliche rechtliche Beteiligung mehrerer Personen in jeder rechtlichen Angelegenheit, bei der mehrere Personen mit widerstreitenden rechtlichen Interessen (in derselben Rechtssache) beteiligt sind, bestimmt.

1) RGSt 62 S. 289 (194) und 66 S. 316 (320)

2) RGSt 71 S. 114 (117) und OLG Hamm in NJW 1955 S. 803.

Das Ergebnis zeigt, daß es widersinnig ist, bei der Auslegung eines Begriffes ein anderes auslegungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal der Strafnorm zu verwenden, das wieder den Begriff enthält, der durch Verweisung auf das auslegungsbedürftige Tatbestandsmerkmal erst ausgelegt werden soll. Beide Definitionen verwenden im übrigen ein Merkmal, nämlich das der widerstreitenden rechtlichen Interessen, - die gegensätzliche rechtliche Beteiligung besagt dasselbe - welches im gesetzlichen Tatbestand nicht enthalten ist.

Es erhebt sich daher die Frage, ob eine isolierte Erläuterung der beiden Tatbestandsmerkmale überhaupt möglich ist, oder ob dieselben, wie Alsberg meint, in einer Art Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.¹⁾ Damit lehnt er nicht nur die von Boedicker²⁾ für den Begriff der "Partei" geforderte isolierte Betrachtungsweise ab, sondern wendet sich auch gegen die Definition beider Begriffe durch das RG, die er für zu eng hält.

Geppert³⁾ hält es mit Rücksicht auf den Deliktsaufbau für untragbar, für den Rechtssachenbegriff den Begriff der "Partei" und des "Interessengegensatzes" mit heranzuziehen. Die Folge wäre, wie er richtig bemerkt, daß keine Rechtssache vorläge, wenn es an der "Partei" oder am "Interessengegensatz" fehle, vorausgesetzt, daß der Parteibegriff als Bestandteil des Begriffs "derselben Rechtssache" anzusehen ist. Geppert versucht deshalb auch, den Partei- und Rechtssachenbegriff als selbständige Merkmale zu definieren. Rechtssache ist für ihn jedes rechtlich erhebliche, tatsächliche Verhältnis. Rechtssachenidentität wäre danach dasselbe rechtlich erhebliche tatsächliche Interesse. Mit dieser Definition kommt er aber, ohne es zu erkennen zu geben, für die Auslegung des Begriffs "derselben Rechtssache" nicht aus. "Partei" ist für Geppert⁴⁾ jeder an einer Rechtssache rechtlich Beteiligte. Mit dieser Definition ist schon die Selbständigkeit aufgegeben, da in dem Parteibegriff die Rechtssache aufgenommen ist. Da auch er⁵⁾ auf den Interessengegensatz als Tatbestandsmerkmal nicht verzichten kann, soll er als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal aus dem Nebeneinanderstehen von Partei- und Rechtssachenbegriff abzuleiten sein. Eine merkwürdige, abzu-

1) Anm. zu RG in JW 1932 S. 3620 Nr. 15

2) in einer nicht veröffentlichten Abhandlung "Probleme des Parteiverrats. Der Parteibegriff". 1954; näheres hierzu S.76 ff.

3) S. 24ff

4) S. 29

5) S. 60 f

lehnende Auffassung, daß ein Tatbestandsmerkmal, welches für die Strafnorm wesentlich ist, und ihr erst seinen wahren Sinn gibt, hinzugedacht werden muß und dieses alles, um im Interesse eines reinen Delikttaufbaus zwei Tatbestandsmerkmale als von einander unabhängig zu entwickeln, die es aber nach der eigenen Definition von Geppert nicht sind!

Schon im Interesse der klaren Erfassung des einzelnen Merkmals soll zunächst der Versuch einer isolierten Betrachtungsweise der beiden Merkmale gemacht werden. Inwieweit sie einander zugeordnet, von einander abhängig sind, wird sich dabei herausstellen. Zunächst soll der Parteibegriff erörtert werden. Es wird sich dann zeigen, ob bereits der Parteibegriff den Begriff "derselben Rechtssache" beinhaltet, so daß das Fehlen "derselben Rechtssache" auch den Parteibegriff in Fortfall bringen würde.

3. Das Tatbestandsmerkmal "beiden Parteien"

a) Der Begriff als solcher

aa) Systematische Entwicklung.

Fast alle in der Literatur und Rechtssprechung vorhandenen Definitionen des Begriffs der "Partei" gehen davon aus, daß er sich aus mehreren auszulegenden Merkmalen zusammensetze. Zunächst sind daher die einzelnen Merkmale des Begriffes zu erarbeiten, anschliessend näher zu erläutern.

Im Sprachgebrauch wird unter der Partei eine Gruppe in religiöser, kultureller oder politischer Beziehung gleichgesinnter Menschen verstanden. Diese Definition hilft nicht weiter, da wir es in § 356 nicht mit Gesinnungen sondern mit schützenswerten rechtlichen Interessen zu tun haben.

Partei ist weiter der Partner eines Vertrages. Es geht hierbei um eine gemeinsame Regelung rechtlicher, wirtschaftlicher oder anderer Interessen. Daß die Mithilfe eines Rechtsbeistandes zu einer solchen Regelung vielfach notwendig ist und nicht strafbar sein kann, liegt auf der Hand.

Die Zivilprozessordnung versteht unter Partei denjenigen, von dem oder gegen den im Zivilprozess Rechtsschutz begehrt wird. Der Begriff baut auf Grund der Natur des Verfahrens auf einer wenigstens formellen Gegensätzlichkeit der Interessen auf.

Die Übernahme des zivilprozessualen Parteibegriffs für den Strafprozess ist in der Rechtslehre sehr umstritten. Zum Teil wird er für die Hauptverhandlung im Verhältnis zwischen dem Angeklagten und dem Staatsanwalt übernommen. Neuerdings wird der Begriff des Strafprozesses als Parteienprozeß aber überwiegend

abgelehnt,¹⁾ weil er sich mit dem Wesen des Strafprozesses nicht verträgt. Dem Beschuldigten tritt der Staatsanwalt als Organ des Staates immer als Träger hoheitlicher Aufgaben gegenüber, mag er sich auch hinsichtlich der Feststellung des Strafanspruches in rechtsstaatlicher Form der unabhängigen richterlichen Gewalt unterordnen.²⁾ Die prozessualen Interessen des Beschuldigten lassen sich deshalb mit denen der mit staatlicher Macht ausgestatteten Staatsanwaltschaft nicht vergleichen. Der Parteienbegriff des Zivilprozesses setzt voraus, daß sich Rechtsuchende prozessual gesehen mit gleichen Befugnissen gegenüberstehen. Der Staatsanwalt hat aber unabhängig von den Interessen des Beschuldigten neben dem Gericht für ein gerechtes Urteil Sorge zu tragen, und ist deshalb gemäß § 160 II StPO auch verpflichtet, die der Entlastung des Beschuldigten dienenden Umstände zu ermitteln. Der Beschuldigte braucht nur sein eigenes Interesse zu berücksichtigen, mag dasselbe mit der Ermittlung der Wahrheit übereinstimmen oder nicht. Das zivilprozessuale Verfahren erlaubt im Gegensatz zum Strafprozess ein echtes Paktieren, ja begünstigt einen Vergleichsabschluss. Es liegt in der Hand der Parteien, inwieweit Tatsachen vorgetragen und damit für den Prozess Verwendung finden sollen. Staatsanwalt und Angeklagter sind aber nicht Streitgesprächspartner. Ein gegenseitiges Fragerecht besteht grundsätzlich nicht. Das der Staatsanwaltschaft gemäß § 240 II StPO mit Zustimmung des Vorsitzenden des Gerichts zustehende Recht, einzelne bestimmte Fragen auch an den Angeklagten zu richten, ändert hieran dem Grunde nach nichts. Staatsanwalt und Angeklagter haben keine Verfügungsgewalt über den Prozeßgegenstand.

Diese grundsätzliche Andersartigkeit des Strafprozesses zum Zivilprozess gilt auch für das Privatklageverfahren, mag dieses

1) so besonders Peters § 16 II (mit reichhaltiger Literaturangabe) Eberhard Schmidt Nr. 98-101, beide mit ausführlicher Begründung und Kleinknecht-Müller Einl. 10a.

In der strafrechtlichen Literatur wird der Staat bzw. die Staatsanwaltschaft als sein Organ überwiegend als Partei angesehen, so Becker S. 24f, Ebner S. 57, Edelmann S. 39f, Alfeld S. 610, Fries S. 45, Fraeb S. 21, Früh S. 133f, Frank II 1 zu § 356, Gnodtke S. 28, Haferland S. 75, 78f, 84, Hälschner II S. 1083, Laue S. 21, Mehlich S. 16, Olshausen Anm. 3a zu § 356, Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 506 Anm. 1, Rothardt S. 19f, Weimar S. 33f, a. A. Köhler S. 104, Kohlrausch-Lange II zu § 356, Hugo Meyer S. 704 Note 25. Einige Schriftsteller wie z. B. Wolff S. 87 bejahen die Praevaricationsmöglichkeit im Strafprozess schlechthin, ohne indessen zu der Frage, ob der Staat bzw. Staatsanwalt Partei ist, Stellung zu nehmen.

2) so besonders Peters a. a. O. u. Eberhard Schmidt Nr. 99

auch dem Zivilprozeß in gewissem Umfange z.B. durch die Möglichkeit des Vergleichs und das Fehlen obrigkeitlicher Befugnisse hinsichtlich des Privat- und Nebenklägers äusserlich angeglichen sein. Auch das Privatklageverfahren ist ein öffentliches Strafverfahren. Privatkläger und -beklagter führen kein Streitgespräch miteinander. Vernehmender bleibt ausschließlich das Gericht.

Der Strafprozeß kennt aber offenbar keinen selbständigen vom Zivilprozeß unabhängigen Parteibegriff. Die Strafprozeßordnung spricht von Parteien nur beiläufig in den §§ 380 IV und 471 V mit Bezug auf das Privatklageverfahren, sonst regelmässig nur vom Ankläger bzw. Privatkläger und Beschuldigten.

Die Übernahme des zivilprozessualen Parteibegriffs in den § 356 würde auch dem spezifischen Charakter des Delikts nicht gerecht werden. Die Möglichkeit der Praevarication würde sich beschränken auf den Zivilprozeß- und bei erweiterter Auslegung - auf das Privat- und Nebenklageverfahren. Die für das Privat (Neben-)klageverfahren und den Zivilprozeß typische Gegensätzlichkeit der Interessen, deren gleichzeitige oder nachfolgende Vertretung durch § 356, wenn er von "beiden Parteien" spricht, offensichtlich unter Strafe gestellt werden soll, findet sich aber auch ausserhalb des Zivil- u. Strafprozesses in anderen gerichtlichen Verfahren, ja sogar ausserhalb jeglicher gerichtlicher Tätigkeit bei der ausschließlichen Beratung. Es muß daher nach einer erweiterten, über den prozessualen Parteibegriff hinausgehenden, Definition gesucht werden.

Auf diese Gegensätzlichkeit der Interessen als Bestandteil des Parteibegriffs deutet schon das Wort "G e g e n p a r t e i" in Absatz II hin. Die Definition der "beiden Parteien" als Personen mit widerstreitenden rechtlichen Interessen reicht aber nicht aus.¹⁾ weil die widerstreitenden Interessen rechtlich belanglos sind, solange sie nicht in irgendeiner Art gegeneinander in Beziehung gesetzt, geltend gemacht werden.²⁾ Ein Vermögensverwalter, der zwei Vermögensmassen verwaltet, die gegenseitige Forderungen enthalten, vertritt keine Partei, solange er die Forderung nicht geltend macht.³⁾

Die Parteikommunikation kann geschehen durch ein vor einer Be-

1) so auch Früh S. 131

2) Von Parteien im zivil- oder strafprozessualen Sinne kann auch erst mit Einleitung des Gerichtsverfahrens gesprochen werden.

3) so Wolff S. 97

hörde gegeneinander betriebenes Verfahren oder durch ein vom Parteibetrieb unabhängiges öffentliches Verfahren z.B. auf Grund einer erstatteten Strafanzeige oder schließlich gänzlich ausserhalb eines Verfahrens, in dem ein Rechtsuchender Rat gegen einen anderen erbittet. In allen diesen Fällen handelt es sich um Personen mit widerstreitenden Interessen, nicht nur innerhalb eines Rechtsstreits sondern darüber hinaus in einer Rechtssache schlechthin.

Der Widerstreit der Interessen kann aber rechtliche Bedeutung nur in Bezug auf dieselbe Rechtssache gewinnen. Dieselbe liegt so oft vor, wie Personen an einer Rechtssache in entgegengesetztem Interesse beteiligt sind.

"Parteien" sind also Personen mit widerstreitenden Interessen in "derselben Rechtssache". Danach enthält der Parteibegriff ausser dem ungenannten Tatbestandsmerkmal der "widerstreitenden Interessen"¹⁾ noch das Merkmal "derselben Rechtssache". Da "dieselbe Rechtssache" Merkmal des Parteibegriffs ist, hätte sie keiner besonderen Erwähnung im gesetzlichen Tatbestand bedurft.²⁾

bb) Die Rechtslehre zum Parteibegriff.

Nach Roesen³⁾ bedeutet Partei- ohne nähere Begründung - nur rechtlich Beteiligter. Den Interessengegensatz hält er anscheinend nicht für ein Merkmal des Begriffs.

Nach Weimar⁴⁾ ist "Partei" der Interessengegner schlechthin.

Demgegenüber ist nach Binding⁵⁾ "Partei" ein Rechtssubject, das zu einem anderen bezüglich desselben Rechts oder derselben Pflicht eine widersprechende Stellung einnimmt, so daß sich beide als streitende Teile in einem Verfahren denken lassen. Diese Definition des Parteibegriffs stimmt mit der erarbeiteten Definition sachlich überein.⁶⁾ Binding bringt aber auch durch seine Definition besonders deutlich zum Ausdruck, daß zum Parteibegriff notwendig die rechtliche Geltendmachung in irgendeiner Form gehört.⁷⁾ Daß dieser Austrag innerhalb derselben Rechtssache erfolgen muß, ergibt sich daraus, daß es sich um ein Verfahren handeln muß, in welchem mehrere Rechtssubjecte eine

1) so Kohlrausch-Lange III zu § 356

2) Richtiger wäre es wohl gewesen, statt des Rechtsbegriffs "Partei" die für den Begriff erarbeitete Definition in den gesetzlichen Tatbestand aufzunehmen

3) in JW 1938 S. 649

4) S. 33

5) II 2 S. 580

6) Die Definition ist auch vom RG in JW 1932 S. 3622 rechte Spalte übernommen worden

7) Die Kritik Geppert's S. 29 ist nicht klar, da Binding's Parteibegriff doch die rechtliche Beteiligung zum Ausdruck bringt.

widersprechende Stellung einnehmen.

Boedicker¹⁾ will die Parteistellung auf eine Art Prozeßrechtsverhältnis beschränken, ohne jedoch, wie Hogrefe hervorhebt,²⁾ diesen Begriff klar zu erläutern. Er ist der Ansicht, daß der Begriff losgelöst von den Tatbestandsmerkmalen der "Pflichtwidrigkeit" und "derselben Rechtssache" entwickelt werden müßte. Da § 356 von "beiden Parteien" und nicht wie die RAO von einer "anderen Partei im entgegengesetzten Interesse" spreche, könne das Merkmal der "entgegengesetzten Interessen" nicht Bestandteil des Parteibegriffs sein; denn wenn die RAO von einer "anderen Partei im entgegengesetzten Interesse" spreche, so müsse es per argumentum e contrario auch andere Parteien im gleichen Interesse geben.

Dieser Umkehrschluß ist jedoch bedenklich, weil das StGB älteren Datums als die RAO ist und es nicht angeht, aus einem späteren Gesetz, das einen gleichen Ausdruck wie das frühere Gesetz verwendet, Rückschlüsse auf die Auslegung des Merkmals in dem früheren Gesetz zu ziehen. In der gleichen Richtung liegt auch der Hinweis von Hogrefe, daß es durchaus nicht sicher sei, ob beide Gesetze das Merkmal im gleichen Sinne aufgestellt haben wollten.

Der Begriff des Prozeßrechtsverhältnisses reicht auch nicht aus, wenn es sich nur um die Beratung mehrerer Personen handelt. Um die gleichzeitige oder nacheinanderfolgende strafbare Beratung abgrenzen zu können, muß Boedicker selber den Begriff "derselben Rechtssache" heranziehen, obwohl der Parteibegriff seiner Ansicht nach ohne Rückgriff auf andere Tatbestandsmerkmale der Strafnorm entwickelt werden müßte.

Boedicker hat den Begriff des Prozeßrechtsverhältnisses gebildet, um bei Personenmehrheit auf der einen oder anderen Prozeßseite oder bei mehreren Angeklagten im Strafprozeß zu tragbaren Ergebnissen zu kommen. Es geht ihm hierbei, soweit der Zivilprozeß in Frage kommt, nicht darum, ob die Gesamtschuldner oder Gesamtgläubiger im Verhältnis zur Gegenseite Partei sind - dieses ist selbstverständlich - sondern darum, ob und eventuell ab wann

1) a.a.O. Kalsbach hat Boedickers Definition ohne Begründung übernommen.

2) In Kalsbach "Standesrecht" S. 358.

sie im Verhältnis zueinander als Parteien anzusehen sind.¹⁾ Es sei vorweggenommen, daß eine solche Personenmehrheit immer nur im Verhältnis zur Gegenseite, niemals aber gleichzeitig im Verhältnis zu einander Parteien sind, ganz gleichgültig, was der Rechtsbeistand in Angriff oder Abwehr für den einen oder den anderen der Personenmehrheit vorbringt. Solange sich der Auftrag an den Rechtsbeistand auf die Vertretung des gemeinsamen Interesses gegenüber dem Gegner beschränkt, tritt der vorhandene Gegensatz im Verhältnis zu einander nicht hervor; er ist nicht Gegenstand des Auftrags an den Rechtsbeistand. Boedicker weist in seiner letztgenannten Abhandlung mit Recht darauf hin, daß im Innenverhältnis zwischen Gesamtschuldern z.B. zwischen Kraftwagenhalter und -führer, die aus einem vom Führer verursachten Unfall gemeinschaftlich in Anspruch genommen werden, in keinem Fall entgegengesetzte Interessen vorhanden sind. Gelingt dem Halter der Entlastungsbeweis gemäß den §§ 831, 832 BGB nicht, so werden sie beide als Gesamtschuldner verurteilt. Im Innenverhältnis haftet aber gemäß § 840 II BGB der Führer allein. Gelingt der Entlastungsbeweis, so haftet der Halter nur im Rahmen des StVG und der Führer nach BGB. In diesem Falle kann der Führer in direkter oder entsprechender Anwendung des § 840 II BGB erst recht keinen Ausgleich verlangen bzw. der allein in Anspruch genommene Halter vom Führer volle Erstattung verlangen, es sei denn, daß sich aus dem Vertragsverhältnis zwischen Halter und Führer etwas anderes ergibt. Auf den Entlastungsbeweis kommt es daher nicht an.²⁾ Falls der Führer nachweist, daß ihn an dem Unfall kein Verschulden trifft, so kommt dieses regelmäßig auch dem Halter zugute; meistens wird seine Haftung gemäß § 7 II StVG entfallen, zumindest aber auf die Haftung nach

-
- 1) Es fällt auf, daß Boedicker einmal die Gesamtschuldner nur als eine Partei ansieht, andererseits aber in einer späteren nichtveröffentlichten Abhandlung: "Darf ein Rechtsanwalt, der in einem Zivilprozess die beiden als Gesamtschuldner beklagten Personen vertritt, für den einen Beklagten den Entlastungsbeweis führen?" vom 16.4.1955 die Streitgenossen unter Berufung auf RGZ 131 S. 417 als Parteienmehrheit bezeichnet, obwohl zweifellos zu ihnen auch die Gesamtschuldner rechnen.
- 2) Es wäre auch nicht verständlich, wenn die Tatsache, daß der eine Gesamtschuldner oder der Rechtsbeistand auf die Möglichkeit der Geltendmachung des Entlastungsbeweises für den einen stößt und diesen nun geltend macht, für die Frage, ob die Beteiligten als Parteien anzusehen sind, von Bedeutung wäre.

diesem Gesetz beschränkt sein. Aber auch abgesehen von der Sonderregelung des § 840 II BGB ist kein Interessengegensatz gegeben, wenn mehrere gleichzeitig als schuldhafte Verursacher eines schädigenden Ereignisses gemäß den §§ 830, 840 I BGB in Anspruch genommen werden, mögen sie in einem Rechtsverhältnis zu einander stehen oder nicht. Das Rechtsverhältnis z.B. Ehe, Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag oder ein anderes ist im Verhältnis zur Gegenseite, auf das es allein ankommt, ohne Bedeutung.

Gesamtschuldner sind daher nur im Verhältnis zum Prozeßgegner Partei. Ihr Interesse geht gemeinsam auf die Abwehr des gegnerischen Anspruchs. Das, was der einzelne erfolgreich zu seinen Gunsten vorträgt, erwächst im Verhältnis zum mitverklagten Gesamtschuldner nicht in Rechtskraft. Der allein verurteilte Schuldner ist nicht gehindert, den Mitverklagten auf Ausgleich in Anspruch zu nehmen, falls er der Meinung ist, daß er das schädigende Ereignis nicht allein verschuldet habe. Erst hierbei kann auch das Rechtsverhältnis, in dem die beiden als Gesamtschuldner verklagt gewesen, von Bedeutung sein.¹⁾

Auch die anderen von Boedicker gebildeten Beispiele aus dem Zivil- und Strafrecht²⁾, auf die zum Teil noch bei der Erörterung des Begriffs der "entgegengesetzten Interessen" eingegangen wird, erfordern das "Prozeßrechtsverhältnis" nicht. In allen Beispielen fehlt der Interessengegensatz, was das Vorhandensein von Parteien ausschließt.³⁾ Boedicker begründet auch, wenn ich ihn recht verstanden habe, in seiner späteren Abhandlung in jedem Falle das Fehlen der Parteieigenschaft mit dem Fehlen der entgegengesetzten Interessen, obwohl es seiner Meinung nach hierauf nicht ankommen dürfte. Zusammenfassend ist daher zu sagen, daß der Begriff des Prozeßrechtsverhältnisses für sich allein, wie man ihn auch ver-

1) Wenn ich das RG und den BGH recht verstanden habe, sehen beide die Gesamtschuldner und -gläubiger nicht als Partei an, solange nur ein gemeinsames Interesse gegenüber der Gegenseite vertreten wird, mag auch der einzelne Gesamtschuldner zur Abwehr Tatsachen vortragen, die nur ihn entlasten und beim Ausgleich der Gesamtschuldner untereinander von Bedeutung sein können.

2) Z.B. die bei einem Verkehrsunfall Verletzten und gemeinschaftlich vom Rechtsbeistand vertretenen Eheleute A nehmen den Kraftfahrer B., der sich zu Recht auf ein Mitverschulden des Ehemannes A beruft, aus unerlaubter Handlung u.a. wegen Schmerzensgeld in Anspruch. Kein Parteiverrat bei gemeinschaftlicher Vertretung der Eheleute A.

3) A.A. Geppert S. 32, der den Gedanken ablehnt, daß beim Fehlen entgegengesetzter Interessen auch keine Parteien vorhanden seien. - Der zivilprozessuale Parteibegriff entspricht nur deshalb nicht dem Begriff "Partei" im Sinne des § 356, weil dieser zu eng ist. Der den letzten kennzeichnende Interessen-

stehen möge, ausserhalb eines Verfahrens zur Klärung des Parteibegriffs nicht ausreicht, im Rahmen des Verfahrens aber wegen Fehlens des in der Natur des Verfahrens liegenden Interessengegensatzes abzulehnen ist.

cc) Auslegung des Begriffes "beiden Parteien" im einzelnen.

α) Grundlagen des Parteibegriffs.

Die vom RG aufgestellte Definition des Parteibegriffs ist vom BGH unverändert übernommen worden.¹⁾ Sie besagt unter anderem, daß die widerstreitenden Interessen rechtlicher Art sein müssen. Der Streit braucht aber noch nicht hervorgetreten zu sein. Die widerstreitenden Personen brauchen einander nicht zu kennen und von dem Widerstreit ihrer Interessen nichts zu wissen.²⁾ Der Parteibegriff ist auch nicht auf den Prozeß beschränkt. Mit der angeführten Definition Bindings stimmt er offensichtlich sachlich überein.³⁾ Eine weitere Entscheidung⁴⁾ führt aus, daß es nicht darauf ankomme, ob der Rechtsbeistand auf Grund Vertrages oder öffentlich rechtlichen Auftrages für die Zweitpartei tätig werde; es genüge, daß er auch ohne ausdrücklichen Auftrag - als Geschäftsführer ohne Auftrag - für einen Dritten tätig sein wolle, dessen Interessen denen des Erstmandanten entgegengesetzt seien.

Der Parteibegriff des RG fordert also keine rechtlichen Beziehungen zwischen Rechtsbeistand und Zweitpartei. Nur auf die widerstreitenden Interessen, die auch durch eine unaufgeforderte Tätigkeit des Rechtsbeistandes für die Zweitpartei in rechtlicher Beziehung zu der Erstpartei gesetzt werden können, komme es an.

Bedenken bestehen gegen die Annahme des RG, daß auch dann Parteien vorhanden sein könnten, wenn der Interessengegensatz noch nicht hervorgetreten ist.⁵⁾ Zwei Fälle sind zu unterscheiden.

Entweder ist der Interessengegensatz überhaupt noch nicht oder gegensatz darf aber auch für § 356 nicht fehlen. Sein Anwendungsbereich ist nur zu erweitern. - Die ohne Interessengegensatz vorhandenen Partner eines Gesellschaftsvertrages, an dessen Fertigstellung ein Anwalt mitwirkt, als Parteien im Sinne des § 356 zu bezeichnen, entspricht nicht dem Sinn der Strafnorm.

1) 5 StR U.v. 2.2.54

2) ebenso Fries S. 46

3) Edelmann S. 37 lehnt Bindings Definition ohne Begründung als angeblich zu eng ab.

4) RGST 71 S. 115 (117)

5) so RG in JW 1937 S. 1810, RGST 66 S. 316 u. 71 S. 114 (115), Mühlmann-Bommel Note 4 zu § 356, Gnodtke S. 27 f. Den Standpunkt des RG vertreten Sauer S. 521, Schönke-Schroeder III 2 zu § 356 und Wolff S. 97

er ist nur latent vorhanden,¹⁾ aber für die Beteiligten und den Rechtsbeistand noch nicht oder wohl für den Rechtsbeistand, aber für die Beteiligten noch nicht erkennbar.

Ist der Gegensatz für die Beteiligten und den Rechtsbeistand noch nicht erkennbar, so können auch keine Parteien vorhanden sein, da es infolge Nichterkennbarkeit des Gegensatzes an der Möglichkeit fehlt, die Beteiligten auf Grund des Gegensatzes in gegensätzliche Beziehung zu einander zu setzen. Durch dieses gegensätzliche Inbeziehungsetzen bilden sich erst die Parteien.²⁾ Es geht nicht an, Personen nur auf Grund einer Vorstellung des Rechtsbeistandes in rechtliche Beziehung zu einander zu setzen und damit als Parteien zu bezeichnen.

Hat der Rechtsbeistand den Gegensatz erkannt, aber die Beteiligten nicht, weil ihnen die Kenntnis der den Gegensatz ausmachenden Tatsachen fehlt, so fehlt es auch an dem für den Parteibegriff wesentlichen Merkmal des gegensätzlichen Inbeziehungsetzens. Es kann hierbei keine Rolle spielen, ob die Personen, die bei objektiver Würdigung in einem rechtlichen Interessengegensatz stehen, einander kennen oder nicht. Nicht die Strafwürdigkeit des Rechtsbeistandes, wenn dieser die Unkenntnis eines vorhandenen Interessengegensatzes ausnutzt, kann für die Frage, ob "Parteien" vorhanden sind, entscheidend sein. Der Begriff "Partei" kann auf das Merkmal des gegensätzlichen Inbeziehungsetzens nicht verzichten.³⁾ Die Annahme von Parteien ist dementsprechend erst recht zu verneinen, wenn nur der Rechtsbeistand auf Grund falscher Bewertung von Tatsachen irrtümlich einen Interessengegensatz annimmt.

Gegensätze rechtlicher Art sind häufig vorhanden. Sie sind jedoch solange bedeutungslos, als sie nicht in irgendeiner Form hervortreten. Personen, die einen solchen rechtlichen Interessengegensatz nicht austragen, weil sie ihn nicht erkannt haben,

1) Latente Kollision genügt nicht, so Kohler in GA 54 S. 20

2) Es ist deshalb sprachlich nicht ganz einwandfrei, wenn das RG und der BGH (Bd. 2 S. 346 ff) von Parteien mit entgegengesetzten Interessen sprechen, da nach ihrer eigenen Definition das Merkmal der "entgegengesetzten Interessen" in dem Parteibegriff als ungenanntes Merkmal enthalten ist, also nicht zusätzlich zu dem Parteibegriff hinzutreten kann. Möglicherweise ist die nicht zu billigende Ausdrucksweise auf § 31 bzw. § 32 Nr. 2 RAO zurückzuführen, die von einer "anderen Partei im entgegengesetzten Interesse" spricht.

3) Anders liegt der Fall, wenn der Interessengegensatz allgemein erkennbar ist und nur der Rechtsbeistand behauptet, er habe ihn nicht erkannt. Es ist lediglich eine Frage der Beweiswürdigkeit, ob dem Rechtsbeistand zu glauben ist.

oder weil sie bewußt davon absehen, können deshalb nicht als "Parteien" bezeichnet werden. Dieses muß umsomehr gelten, wenn, wie hier angenommen wird, die Frage, ob ein Interessengegensatz vorhanden ist, nicht nach rein objektiven Gesichtspunkten zu entscheiden ist.¹⁾ Es könnte sonst unter Umständen die Praevagation eines Rechtsbeistandes zu bejahen sein, wenn nach objektiver Würdigung ein Interessengegensatz und damit Parteien gegeben sind, die Beteiligten selbst aber einen solchen Gegensatz als nicht vorhanden ansehen.

Wenn die Parteien die den Interessengegensatz ausmachenden Tatsachen aber kannten, kann es für den Parteibegriff nicht darauf ankommen, inwieweit sie im Einzelfall aus den Tatsachen die rechtlichen Schlußfolgerungen auf vorhandene Gegensätze gezogen haben. Die rechtlichen Interessengegensätze sind da, wenn die den Gegensatz bildenden Tatsachen nach aussen in Erscheinung getreten sind.²⁾

Der Interessengegensatz braucht nicht schon zu Beginn oder während der Dienstvornahme für die erste Partei vorhanden sein. Es kann durchaus sein, daß der Rechtsbeistand gleichzeitig noch einem anderen Mandanten dient, dessen Interessen mit denen des ersten Mandanten zunächst durchaus gleichgelagert waren und der Interessengegensatz erst im Laufe der Dienstvornahme für den Erstmandanten oder nach deren Beendigung hervortrat.

So hatte der Anwalt in einer Reichsgerichtsentscheidung³⁾ für B. einen Antrag auf Eröffnung des landwirtschaftlichen Entschuldungsverfahrens gestellt, hierbei im Einverständnis des Antragstellers auch eine Forderung des Gläubigers K. aufgeführt und später in Vollmacht des K. dessen Forderung in dem Entschuldungsverfahren nochmals formell angemeldet. Erst als K. nachträglich die Auffassung vertrat, daß seine Forderung vom Entschuldungsverfahren nicht betroffen würde, trat er in einen erkennbaren Gegensatz zum Antragsteller. Wenn der Anwalt dem K. nach Hervortreten des Gegensatzes noch weiter diente, so diente er nunmehr der anderen Partei im Sinne des § 356. Wesentlich für den Parteibegriff und damit auch für die Bildung der Zweitpartei ist also, daß der Interessengegensatz zur Erstpartei im Zeitpunkt des Dienens für die Zweitpartei bereits vorhanden war. Die Möglichkeit der Entstehung des Gegensatzes genügt nicht.⁴⁾

1) näheres S. 115

2) vergl. BGHST 5 S. 284 (287)

3) RGSt 71 S. 231 (238), Mühlmann-Bommel Note 4 am Schluß zu § 356.

4) so RGSt 71 S. 231 (236 f)

Die von der Erstpartei anvertrauten Interessen dürfen zu diesem Zeitpunkt noch nicht erledigt sein. So ist auch die Vertretung eines Erben in der Testamentsanfechtungsklage durch den Anwalt, der bei der Errichtung des Testaments mitgewirkt hatte, eine Vertretung entgegengesetzter Interessen.

Wodurch der Interessengegensatz im Einzelfall entsteht, ob er in Verbindung steht mit dem Vorgehen der Erstpartei oder sogar erst durch eine Handlung der Zweitpartei unabhängig von der Erstpartei hervorgerufen wird, ist belanglos.

Partei kann sowohl der formelle Inhaber einer rechtlichen Position wie auch derjenige sein, für den das Recht ausgeübt wird.¹⁾ Wenn Rechtsanwalt X den A. bei Abschluß eines Vertrages mit B. berät und er später als Konkursverwalter des B. den von B. mit A. abgeschlossenen Vertrag anfechtet, so macht er sich dennoch einer Praevarication nicht schuldig, da er als Konkursverwalter als Partei kraft Amtes und nicht als Vertreter des Gemeinschuldners B. tätig geworden ist.

Die Strafnorm spricht von "beiden Parteien". Einigkeit besteht aber darüber, daß es in derselben Rechtssache nicht nur zwei sondern so viele Parteien gibt, wie Personen mit entgegengesetzten Interessen vorhanden sind. Vielleicht sollte mit dem Wort "beiden" nur auf die bereits im Parteibegriff enthaltene Gegensätzlichkeit der Interessen zwischen zwei Personen oder Personengruppen hingewiesen werden. Vielleicht hat man auch verkannt, daß in derselben Rechtssache mehrere, nicht nur zwei, Parteien vorkommen können. Es kann jedenfalls nicht zweifelhaft sein, daß alle Personen, die in derselben Rechtssache im Interessengegensatz stehen, Parteien sind.²⁾

Wie die vorhergehenden Ausführungen bereits zeigen, sind die Begriffe der "entgegengesetzten Interessen" und "derselben Rechtssache" die wichtigsten Merkmale des Parteibegriffs. Da "dieselbe Rechtssache", obwohl auch sie ungenanntes Tatbestandsmerkmal des Parteibegriffs ist, in der Strafnorm als selbständiges Tatbestandsmerkmal ausserhalb des Parteibegriffs aufgeführt ist, soll dieses Merkmal in einem besonderen Abschnitt behandelt werden. Hierbei wird sich zeigen, ob und inwieweit dieses Merkmal einer besonderen Behandlung fähig ist. Zunächst handelt es sich darum, den sachlichen Bereich des Interessengegensatzes zu umgrenzen d. h. festzustellen, wann Interessengegensätze entstehen können.

1) so RGSt 48 S. 308 (308), Fries S. 46, Wolff S. 99, a. A. Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 506

2) so RG in OJZ 1925 S. 1038. Wenn A. vertreten durch Rechtsanwalt X, auf Grund Kaufvertrages gegen W. auf Lieferung von

Personen mit entgegengesetzten rechtlichen Interessen gibt es überall da, wo die rechtliche Natur nicht das Auftreten von Personen mit entgegengesetzten rechtlichen Interessen, die in einem Verfahren in irgendeiner Form gegeneinander ausgetragen werden können, ausschliesst. So sind Parteien im Sinne des § 356 ausser den Beteiligten der Privatklage, der Angeklagte und der Nebenkläger,¹⁾ der Schädiger einerseits und der anklagende Verletzte andererseits.²⁾³⁾ Nicht der Betrogene, Bestohlene, durch Untreue oder eine sonstige strafbare Handlung Geschädigte, mag er auch im Strafverfahren gegen den Schädiger als Zeugen vernommen werden, ist bereits im Verhältnis zum Schädiger Partei. Erst durch die Strafanzeige oder durch die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, also durch die gegensätzliche Beteiligung, wird er Partei, denn hierdurch tritt er zu dem Schädiger in einen erkennbaren rechtlichen Gegensatz. Es kann hierbei keine Rolle spielen, ob er diesem rechtlichen Gegensatz wie im Zivil- oder Privatklageprozess durch eigene Betreibung eines Verfahrens oder durch Inanspruchnahme der Strafbehörde, die nicht nur im Interesse der Allgemeinheit sondern auch in dem des Verletzten tätig wird, Ausdruck verleiht.

Die Wahrung auch der Interessen des Verletzten zeigt besonders deutlich das Anklageerzwingungsverfahren des § 172 StPO. Der Verletzte hat einen Anspruch auf Durchführung des Strafverfahrens gegen den angeblichen Schädiger, wenn hinreichende Verdachtsgründe gegeben sind. Gerade die Durchführung eines solchen Verfahrens macht den Interessengegensatz offenkundig.

Bedeutungslos ist ferner, ob derjenige, gegen den sich die 2 Gütern klagt, so kann X nicht, ohne sich strafbar zu machen, eine Person vertreten, die dieselben 2 Güter in ihre Hand bringen möchte. Jede auf dasselbe Ziel wie die Erstpartei hinarbeitende Person ist "Partei"; ebenso Laue S. 20, Fries S. 43.

- 1) Wegen der Ähnlichkeit zum Zivilprozess beschränken den Parteienbegriff im Strafprozess hierauf Meves in HH III S. 1016, Olshausen Note 3c zu § 356, Puchelt Note 2 zum § 356 und Meyer "Lehrbuch" S. 704
- 2) Verletzter im Sinne des § 61 Nr. 2 StPO ist auch die vertretene Erstpartei, so RGSt 71, S. 253, BGH 4 StR., 381/54 U.v. 24.3.1955 teilw. abgedruckt in BGHSt 7 S. 261 und BGH 1 StR 39/55 U.v. 15.11.1955; siehe auch S. 21
- 3) RGSt 49 S. 342 (344), BGH St 5 S. 284 (285 f), OLG Hamm in NJW 1955 S. 803, ebenso Sauer S. 520, Boedicker ist anscheinend der Meinung, daß es im Hinblick auf das von ihm erörterte Prozeßrechtsverhältnis auf die durch die Strafanzeige geschaffene rechtliche Beziehung zwischen Schädiger und Verletztem für die Frage, ob Parteien vorhanden sind, nicht ankomme. Es ist jedoch nicht klar, wie z.B. ein Prozeßrechtsverhältnis zwischen einem Meineidigen und demjenigen, zu dessen Nachteil die falsche Aussage erfolgt, lediglich auf Grund der falschen Aussage gegeben sein soll.

Strafanzeige richtet, auch die Tat begangen hat. Für die Parteieigenschaft reicht die Vorstellung der Beteiligten über einen vorhandenen Interessengegensatz stets aus, mag die Vorstellung auch auf einem Irrtum beruhen.¹⁾

Die gegensätzliche rechtliche Beteiligung an dem Strafverfahren liegt nicht schon dann vor, wenn der Rechtsbeistand den durch eine Körperverletzung Geschädigten, um den Täter zu helfen, dahin berät, daß der Strafantrag nicht binnen bestimmter Frist gestellt zu werden brauche;²⁾ dagegen ist die gegensätzliche rechtliche Beteiligung schon dann zu bejahen, wenn ein Bauer, dem Mehl gestohlen war, dem Anwalt den Auftrag gibt, gegen den Täter in jeder möglichen Weise vorzugehen und der Anwalt später den Dieb oder Hehler verteidigt.

Auch mehrere Teilnehmer - Mittäter, Anstifter, Gehilfen - sind im Verhältnis zueinander bezüglich derselben Straftat nicht Partei. Zwar sind die Interessen von mehreren Beschuldigten bzw. Angeklagten, wenn sie durch Belastung von Mitbeteiligten ihre eigene Beteiligung verdecken wollen, nicht gleichgelagert. Diese Interessen sind jedoch rein tatsächlicher, nicht rechtlicher Art. Sie bilden untereinander im Hinblick auf die ihnen zur Last gelegten Taten keine Rechtsgemeinschaft, aus der sie Ansprüche gegen einander herleiten könnten. Es spielt hierbei auch keine Rolle, ob sie in irgendeinem Rechtsverhältnis z.B. Dienstvertrag oder Werkvertrag zu einander stehen. Die Schuld jedes Teilnehmers ist unabhängig von der des Mitbeteiligten festzustellen. Es geht nur um die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs, der zwischen den Teilnehmern keine rechtlichen Beziehungen schafft.³⁾ Auch zivilrechtlich haften sie dem Geschädigten gegenüber gemäß den §§ 830, 840 BGB gleich; auf das Maß der Beteiligung kommt es nicht an. Die gleichzeitige Verteidigung mehrerer Angeklagten, mögen sie an derselben Straftat beteiligt sein oder nicht, ist daher in keinem Falle Praevarication.⁴⁾ mag die Mandatsübernahme von mehreren Angeklagten,

1) so Bayer. EGH Band II S. 137

2) a.A. Haferland S. 77f

3) so RGSt 66 S. 316 (320, 323) = JW S. 3623, BGH 2 StR 198/51 U.v. 16.12.1952 = NJW 1953 S. 472 u. OLG Frankfurt in NJW 1955 S. 880. Das OLG verneint die Parteieigenschaft mit Recht auch dann, wenn mehrere an einer Straftat beteiligte Personen nicht Teilnehmer im Sinne der §§ 47 - 49 StGB sind, ebenso Schönke-Schroeder III 2 zu § 356.

4) a.A. Rothardt S. 18, Rüdorff-Stenglein Note 2 zu § 356, Geppert S. 53f, Haferland S. 78, Laue S. 64. Geppert sieht in dem Täter-Teilnehmerverhältnis ein rechtlich relevantes Verhältnis eine Rechtssache, zugleich sieht er die gemeinsame Strafsache als "dieselbe Rechtssache" an. - Inwieweit der Verteidiger

die sich gegenseitig belasten, auch standesrechtlich sehr angreifbar sind.

Die Frage, ob die Unterscheidung zwischen tatsächlicher und rechtlicher Art der Beteiligung an einem Verfahren für den Parteibegriff gerechtfertigt ist und welche Art der Beteiligung vorliegt, stellt sich in der ersten wichtigen Entscheidung des RG zum Parteibegriff.¹⁾ Hier hatte der Rechtsanwalt Mieter, die Eheleute T., in einer gegen sie erhobenen Räumungsklage vertreten, die darauf gestützt war, daß die mitbeklagte Ehefrau in der Mietwohnung unzüchtige Handlungen vorgenommen oder wenigstens geduldet habe. Ein als Zeuge vernommener Dr. H. beschwor wahrheitswidrig, daß es in seiner Praxis nicht zum Geschlechtsverkehr mit der beklagten Ehefrau gekommen sei. Nach seiner Vernehmung im Räumungsprozess offenbarte sich Dr. H. dem Rechtsanwalt der Eheleute T. und erbat seinen Rat. Dieser verwies auf § 158 StGB und erklärte, er werde ihn rechtzeitig benachrichtigen, wenn eine Aussageberichtigung angebracht sei. Kurz darauf leistete ein weiterer Zeuge des Räumungsprozesses K. ebenfalls einen Meineid. Der gleiche Anwalt übernahm seine Verteidigung und beantragte zu seiner Entlastung wiederholt die Vernehmung des Dr. H.

Das RG ist mit Recht zu einem Freispruch gelangt, weil weder die Eheleute T., Dr. H. oder K. Parteien seien.²⁾ Zwar hätten sämtliche Personen in einem Interessengegensatz gestanden; die Eheleute T. hätten ein Interesse daran gehabt, daß Dr. H. nicht widerrufe, weil sonst ihre Glaubwürdigkeit durch Wegfall eines für sie günstigen Zeugnisses in Zweifel gezogen werden könnte, Dr. H. seinerseits, daß aus dem Meineid keine nachteiligen Folgen für ihn erwachsen, K. hätte ein Interesse daran gehabt, daß

durch die gleichzeitige Verteidigung mehrerer Angeklagten, die sich gegenseitig belasten, bei der Verteidigung des einen in Zweifel ziehen müßte, was für den anderen zur Entlastung vorzubringen wäre, berührt nicht die strafrechtliche Seite des Verhaltens des Verteidigers, insbesondere nicht die Frage, ob Parteien vorhanden sind oder nicht.

1) RGSt 66 S. 316 (320)

2) Ebenso Boedicker a.a.O., a.A. Alsberg unter Zugrundelegung seines erweiterten Parteibegriffs in Anm. zu RG in JW 1932 S. 3623. Er hält einen tatsächlichen Interessengegensatz für ausreichend. Wenn es sich um "dieselbe Rechtssache" handle, könne der Tatbestand des § 356 nicht mit dem Parteibegriff wegdiskutiert werden. Die Identifikation von rechtlichem Interesse und Parteibegriff entspreche, wie sich aus § 66 ZPO (Nebenintervention) ergebe, nicht einmal dem prozessualen Parteibegriff. - Wenn das RG für den Parteibegriff des § 356 die rechtliche Beteiligung verlangt, so ergibt sich daraus noch nicht, daß jede rechtlich an einem Verfahren in besonderer Form beteiligte Person auch Partei im Sinne des § 356 sein muss. Aus § 66 ZPO können keine Folgerungen für den strafrechtlichen Parteibegriff gezogen werden.

Dr. H. als sein Entlastungszeuge gehört würde, während Dr. H. im Verhältnis zu K. dringend daran interessiert war, nicht nochmals gehört zu werden, um nicht einen zweiten Meineid leisten oder sich selbst des Meineides bezichtigen zu müssen. Diese entgegengesetzten Interessen waren jedoch nicht rechtlicher sondern nur tatsächlicher Art, denn an dem Räumungsprozess war Dr. H. in keiner Weise rechtlich beteiligt und die Eheleute T. wiederum nicht an dem Bestreben des Dr. H., keine oder möglichst geringe nachteilige Folgen des Meineides eintreten zu lassen. An dem Bestreben des Dr. H. war auch K. nicht interessiert, wie andererseits Dr. H. an dem Strafverfahren gegen K. rechtlich völlig unbeteiligt war. Im Verhältnis K. zu Dr. H. ist der Interessengegensatz auch erst durch die Benennung des Dr. H. als Zeugen entstanden; der Interessengegensatz hätte jedoch im Zeitpunkt des Tätigwerdens für die Zweitpartei bereits vorhanden sein müssen.

Keine andere Beurteilung hätte sich ergeben, wenn Dr. H. eine für die Eheleute T. ungünstige Aussage wahrheitswidrig beschworen hätte oder der Anwalt nicht die Eheleute T. sondern den Kläger in dem Räumungsprozess vertreten hätte. Erst durch die Strafanzeige wegen Meineids im ersten Eventualfall durch die Eheleute T., im zweiten Eventualfall durch den Kläger wären Parteien entstanden. Erst durch die Anzeige wäre der tatsächliche Gegensatz in rechtliche gegeneinander laufende Bahnen gelenkt worden. In beiden Fällen hätte jede weitere Tätigkeit des Rechtsanwalts im Hinblick auf den von Dr. H. geleisteten Meineid den Tatbestand der Praevarication erfüllt, denn auch derjenige, zu dessen Nachteil eine falsche Aussage gemacht wird, ist Verletzter im Sinne des § 61 Nr. 2 StPO, der zu dem Verletzer, dem Meineidigen, in rechtlichen Interessengegensatz treten kann.¹⁾ Erstpartei in beiden Eventualfällen wäre Dr. H. hinsichtlich der Beratung über die Meineidsfolgen, die andere Partei die Eheleute T. oder der Kläger gewesen.

In einer anderen BGH-Entscheidung²⁾ stellt es der BGH für den Parteibegriff auch auf die rechtliche Beteiligung an dem Strafverfahren durch Strafanzeige seitens des Verletzten ab. In zwei von H. angestregten Ehescheidungsverfahren, in denen er vom Rechtsanwalt X vertreten wurde, hatte seine Hausgehilfin D. zu seinen Ungunsten falsch ausgesagt. H. hatte gegen die D. Strafanzeige erstattet und X beauftragt, seine Interessen als Verletzter und Anzeigeerstatter wahrzunehmen. Später übernahm X die Verteidigung der Hausgehilfin in dem gegen sie anhängig gemachten

1) 30 BGHSt 1 S. 191-12861

2) BGHSt 1 S. 285 ff. - NJW 1954 S. 482

Strafverfahren. Hätte H. bezw. X für H. die Strafanzeige nicht gegen die D. erstattet und wäre dann X in der Strafsache für die D. tätig geworden, so wären H. und die D. keine Parteien im Sinne des § 356 gewesen, da der tatsächliche Gegensatz für die Parteieigenschaft nicht genügt.

Das gleiche Problem wird in einer Entscheidung des OLG München¹⁾ aufgeworfen. Für den wegen einer Straftat verurteilten A. hatte der Rechtsanwalt wegen einer Reststrafe eine bedingte Strafaussetzung erreicht. Später hatte der Anwalt für einen Dritten wegen einer durch A. während der Bewährungszeit begangenen weiteren Straftat Anzeige erstattet, die zum Widerruf der bedingten Strafaussetzung führte.

Der Dritte als Anzeiger und A. als Angezeigter sind nicht Parteien mit Bezug auf das Interesse an der bedingten Strafaussetzung, welches A. dem X. anvertraut hatte.²⁾ Das Interesse des Dritten erstreckte sich lediglich willensmässig auf die Bestrafung des A. wegen der neuen Straftat, nicht aber auf die bedingte Strafaussetzung, mithin das Interesse, für das der Anwalt zu Gunsten des A. tätig geworden war. Es ist daher nicht richtig,³⁾ von einem auf Grund neuer Tatsachen entstehenden Gegeninteresse zu sprechen. Wenn die Strafanzeige des Dritten den Widerruf der bedingten Strafaussetzung gemäss § 25 StGB nach sich zog, so ist das eine für A. ungünstige Folge, die sich auf Grund gesetzlicher Bestimmungen ausserhalb des Einfluß- u. Willensbereiches des Dritten ergab. Eine rechtliche Beteiligung wäre auch dann zu verneinen, wenn der Dritte der von A. früher Geschädigte gewesen wäre und die bedingte Strafaussetzung sich auf die Verurteilung wegen der früheren Schädigung des Dritten bezogen hätte, es sei denn, daß es dem Dritten erkennbar nicht nur um die Bestrafung wegen der neuen Straftat sondern auch um den Widerruf der bedingten Strafaussetzung ging. Für die Parteieigenschaft ist es auch ohne Bedeutung, ob die Strafanzeige wegen der neuen Straftat erst während der Bewährungszeit oder schon vor der bedingten Strafaussetzung erstattet wurde. Mit Recht weist Lupperts aber in seiner Anmerkung zu der Entscheidung darauf hin, daß die Begründung das freisprechende Urteil nicht trage, weil nämlich das Fehlen "der beiden Parteien" nicht erkannt worden sei.⁴⁾

1) in NJW 1950 S. 238 (239)

2) Boedicker a.a.O. dürfte das OLG München missverstanden haben, wenn er annimmt, daß das OLG in diesem Falle die Parteieigenschaft bejaht hätte.

3) so Fries S. 49 f.

4) ebenso Boedicker a.a.O.; a.a. Bohlen-Lohr II 20 § 356, der den Staat als die Gegenpartei ansieht. Er übersieht aber

Rechtlich beteiligt und nicht nur tatsächlich interessiert und damit auch Parteien können auch der Antragsteller eines Wiederaufnahmeverfahrens in einem Strafprozess, das sich auf eine vorsätzlich falsche Aussage einer Zeugin zu seinen Ungunsten stützt und die Zeugin sein, deren Interesse in einem wegen der angeblich falschen Aussage gegen sie eingeleiteten Strafverfahren dahin geht, von der Anklage der vorsätzlich falschen Aussage freigesprochen zu werden.¹⁾ In dem Entscheidungsfall hatte der Anwalt zunächst Sch. in einem Strafverfahren verteidigt, das auf Grund der angeblich falschen Aussage der Ka. mit seiner Verurteilung wegen Körperverletzung endete. Da die Ka. in dem anschliessenden Schadensersatzprozess teilweise unter Eid anders wie im Strafverfahren aussagte, ließ Sch. durch seinen Anwalt in dem Privatklageverfahren wegen Körperverletzung einen Wiederaufnahmeantrag einreichen. Gegen die Ka. wurde ein Strafverfahren wegen Meineides eingeleitet. Der Anwalt des Sch. übernahm auch die Verteidigung der Ka.

Der Dienst für die Erstpartei liegt in diesem Falle in dem Betreiben des Wiederaufnahmeverfahrens, nicht schon in der Verteidigung des Sch. in dem früheren Strafverfahren wegen Körperverletzung. Gegen das Interesse der Wiederaufhebung der früheren Verurteilung des Sch. würde sich eine Verteidigung der Ka. mit dem Ziel des Freispruchs richten, weil der Freispruch von der Anklage der falschen Aussage in dem früheren Strafverfahren gegen Sch. dem Wiederaufnahmeantrag die Grundlage entziehen würde. Wenn der BGH davon spricht, daß der Antragsteller an dem Strafverfahren gegen die Ka. wegen vorsätzlich falscher Aussage nicht nur tatsächlich interessiert, sondern auch rechtlich beteiligt sei, weil er auf Grund ihrer Aussage wegen Körperverletzung verurteilt worden sei, so sind dagegen Bedenken geltend zu machen, weil sich aus einem abgeschlossenen Verfahren nämlich der früheren rechtskräftigen Verurteilung keine den Interessen der Ka. in ihrem Strafverfahren entgegengesetzte Interessen mehr ergeben können. Auch der eingereichte Wiederaufnahmeantrag kann, schon weil er zeitlich vor Einleitung des Strafverfahrens gegen die Ka. lief, nicht das Gegeninteresse zu dem Strafverfahren gegen die Ka. bilden. möglicherweise, daß der Interessengegensatz nicht rechtlicher Art ist. Für den Staat, der doch die Gegenpartei sein soll, ist der Anwalt nicht tätig geworden.

1) so BGH St 5 S. 301 (304 ff)

Zwar ist die Ka. an dem Wiederaufnahmeverfahren des Sch. verfahrenrechtlich nicht beteiligt. Da ihre Verteidigung mit dem Ziel des Freispruchs dem Wiederaufnahmeantrag aber die rechtliche Grundlage entziehen würde, richtet sich ihr rechtliches Interesse gegen das von Sch. in dem Wiederaufnahmeverfahren vertretene Interesse; die Verteidigung bildet das Gegeninteresse.

An der notwendigen rechtlichen Beziehung kann es aber nicht nur im Strafverfahren sondern auch im Zivilrecht ausserhalb eines Prozesses, auch auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit fehlen. Dieses ist z.B. der Fall, wenn der gesetzliche Erbe, der weiß, daß ihn der Erblasser auf den Pflichtteil setzen will, einen Rechtsanwalt zur Errichtung eines ungültigen Testaments durch den Erblasser veranlaßt. Gesetzlicher Erbe und Erblasser sind nicht als Rechtssubjecte eines Verfahrens denkbar und daher keine Parteien.¹⁾ Den Parteienbegriff wegen der unerwünschten Konsequenz in einen solchen Ausnahmefall zu erweitern, ist nicht vertretbar. Die Anstiftung zu der für den Erblasser schädigenden Handlungsweise, nämlich zur Errichtung des ungültigen Testaments, dürfte auch keine Dienstvornahme für den Anstifter sein. Die Handlung, die den Begriff des Dienens für den Erblasser erfüllt, kann nicht zugleich ein Dienen für den gesetzlichen Erben sein.²⁾ Derselbe rechtliche Gesichtspunkt findet sich in einem anderen von Neumeyer gebrachten Beispiel.³⁾ Der wegen rechtswidriger religiöser Kindererziehung Beschwerde führende Pfarrer kann nicht im Verhältnis zu dem von der Beschwerde tatsächlich betroffenen Vater Partei sein. Beide sind nicht als Gegner in einem Verfahren denkbar.

Die für den Begriff der Partei wesentliche Unterscheidung, ob der Interessengegensatz nur tatsächlicher oder rechtlicher Art ist, kann besonders für das Konkursverfahren von Bedeutung sein. Hier vertreten Gläubiger und Gemeinschuldner regelmässig entgegengesetzte Interessen rechtlicher Art, obwohl formell dem Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners die Verfügungsbe fugnis über die Masse zusteht.⁴⁾

Es fragt sich jedoch, ob die Gläubiger, ~~sofern sie~~ Rechte ver-

1) so Edelman S. 37, Früh S. 130, Laue S. 73, a.A. Friedlaender, Ziffer 9 zu § 31 RAO, Fries S. 46, Riffel S. 33, Rothardt S. 19

2) näheres S. 188

3) "Vergl. Darst." IX S. 506

4) vergl. BGHSt 7 S. 17 ff. "Die Gegensätzlichkeit trat besonders bei den Verhandlungen über den abzuschliessenden Zwangsvergleich hervor."

schiedener Rangstufen z.B. mit und ohne Vorrecht gemäß § 61 KO, zum Teil mit Absonderungsrechten gemäß den §§ 47 ff KO oder sogar mit Aussonderungsrechten gemäß den §§ 43 ff KO durch Anmeldung zur Konkurstabelle geltend machen, nicht im Verhältnis zu einander entgegengesetzte Interessen rechtlicher Art vertreten, weil für den einzelnen Gläubiger die Chancen gänzlicher oder teilweiser Befriedigung seiner Forderung sich verringern, wenn Gläubiger mit höherer Rangstufe mit der Geltendmachung ihrer Forderungen Erfolg haben. Dieses dürfte jedoch nicht der Fall sein. Die Konkursgläubiger stehen in keiner Rechtsgemeinschaft zueinander. Die Geltendmachung von Rechten mit gleicher oder höherer Rangstufe berührt zwar ihr tatsächliches Interesse. Sie müssen jedoch die durch solche Geltendmachung erfolgte Minderung ihrer Chancen hinnehmen, weil das gegensätzliche Interesse auf dem im Konkursrecht geltenden Grundsatz der *par conditio creditorum* beruht.¹⁾ Hieran ändert sich auch nichts durch einen vom Gläubiger gegen den Konkursverwalter geführten Prozess, welcher den Umfang der Masse beeinflussen kann. Eine Ausnahme liegt jedoch dann vor, wenn ein Konkursgläubiger, worauf Boedicker hinweist, im Prüfungstermin Widerspruch gegen eine angemeldete Forderung nach § 144 KO erhebt. In diesem Zeitpunkt werden zwischen dem bestreitenden und anmeldenden Gläubiger entgegengesetzte Interessen rechtlich geltend gemacht.

Erheblich umstritten ist jedoch die Frage, ob zwischen den anmeldenden Gläubigern und dem vom Konkursverwalter wegen Gläubigerbenachteiligung verklagten Gläubiger ein Interessengegensatz rechtlicher Art gegeben ist. Überwiegend wird dieses verneint, weil die Konkursordnung keine gesetzlich geregelte gemeinsame Zwangsvollstreckung der gesamten Gläubigerschaft kennt.²⁾ Formell ist dieses zweifellos richtig. Der Konkursverwalter ist auch im Anfechtungsprozess nicht Vertreter der Gläubiger. Die Ansicht trifft aber nicht den Kern des Problems. Der Anfechtungsanspruch steht dem Gemeinschuldner als Träger der Masse zu.³⁾ Entscheidend für die Frage des Interessengegensatzes ist jedoch nicht, für wen der Prozess formell, sondern in wessen Interesse, mit anderen Worten, zu wessen Gunsten der Prozess geführt wird. Die Begünstigten sind aber die Gläubiger, die vor

1) ebenso Boedicker a.a.O.

2) so Lichenheim in JW 1905 S. 69, Früh S. 140, vergl. auch Edelmann S. 53 f., Riffel S. 37 f., Friedlaender Ziffer 11b zu § 31 RAC, Gnodtke S. 31, Rothardt S. 34/35 gelangt unter dem Gesichtspunkt der Rechtssachenidentität zu demselben Ergebnis.

3) vergl. Jaeger "Konkursordnung" 8. Auflage. Berlin 1955. Vorbemerk. zu § 29 Anmerkung 1-3.

einer Benachteiligung durch die Minderung der Masse geschützt werden soll. Es liegt hier ähnlich wie bei der Geschäftsführung ohne Auftrag. Der anmeldende Gläubiger und der anfechtungsbeklagte Gläubiger sind also als Personen mit entgegengesetzten Interessen, als Parteien, anzusehen.

Ähnlich wie bei den Konkursgläubigern fehlt es auch bei mehreren an einem Zwangsversteigerungsverfahren beteiligten Hypothekengläubigern an dem Interessengegensatz rechtlicher Art, solange sich das Vorgehen eines Hypothekengläubigers nicht unmittelbar gegen den mitbeteiligten Hypothekengläubiger richtet. Wenn der Rechtsanwalt zunächst für den Gläubiger A. im Zwangsversteigerungstermin ein Gebot und dann für B. ein höheres Gebot abgibt, so handelt er einem tatsächlichen Interesse des A., der das aufgebotene Grundstück ersteigern will, durch Abgabe eines höheren Gebotes zuwider. A. muß sich jedoch ein solches, den Regeln des Zwangsversteigerungsverfahrens entsprechendes, Verhalten gefallen lassen. Wenn der eine Gläubiger höher bieten will als der andere, kann X., auch wenn er beide Gläubiger vertritt, ohne gegen § 356 zu verstoßen, für den einen ein höheres Gebot abgeben, obwohl ein solches Verhalten zweifellos den Interessen des anderen ebenfalls vertretenen Gläubigers zuwiderläuft.

Es ist daher in jedem Fall sorgfältig zu prüfen, ob nur ein tatsächlicher Interessengegensatz vorhanden ist oder ob dieser sich in einen solchen rechtlicher Art verwandelt hat, was nicht nur dann anzunehmen ist, wenn der Interessengegensatz nunmehr in einem Verfahren ausgetragen werden könnte.

- β) Der eigentliche Interessengegensatz
- αα) Das zu vertretende oder das vertretene Interesse als Grundlage des Interessengegensatzes.

Im Mittelpunkt des Parteibegriffs steht - wie schon dargelegt - das umstrittene Merkmal des Interessengegensatzes. Die notwendige Auslegung des Merkmals wirft folgende Fragen auf: Was ist unter Interessengegensatz zu verstehen? Von welchem Sachverhalt ist bei der Prüfung des Interessengegensatzes auszugehen? Bestimmt sich der Interessengegensatz nach objectiven oder subjectiven Gesichtspunkten?

Die Rechtssprechung hat zu dem Merkmal des Interessengegensatzes eine Anzahl wichtiger Entscheidungen herausgebracht, deren kriti-

sche Besprechung für die Beantwortung obiger Fragen und damit für die Klärung des Tatbestandsmerkmals notwendig ist.

In einem vom RG entschiedenen Rechtsstreit¹⁾ der Witwe A. gegen Frau R. und andere, bei dem es um die Zahlung eines Teilbetrages einer hypothekarisch an einem Grundstück der R. gesicherten Forderung ging, hatte der Rechtsanwalt der A. auf die Einwendung der Beklagten, die persönliche Forderung sei an V. abgetreten, wahrheitswidrig sich auf Rückabtretung zur Einziehung an die A. berufen. Die Beklagten, welche die angebliche Rückabtretung im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben des Anwalts nicht bestritten hatten, wurden daraufhin in der Berufungsinstanz verurteilt. Später klagte V. aus der abgetretenen Forderung gegen dieselben Beklagten, welche nunmehr durch den früheren Anwalt der A. vertreten wurden.

Das RG behandelt den Interessengegensatz nicht als Merkmal des Parteibegriffs sondern unter dem Gesichtspunkt der Pflichtwidrigkeit. Diese unterschiedliche Eingruppierung kann aber in diesem Zusammenhang ausser Betracht bleiben, da sie für die Auslegung des Merkmals des Interessengegensatzes ohne Bedeutung ist. Das RG bejaht den Interessengegensatz mit der Begründung, daß der Anwalt die Belange der Eheleute R. im zweiten Rechtsstreit nicht sachgemäß habe wahrnehmen können, ohne die Interessen der Witwe A. zu verletzen. Die Belange der Eheleute R. hätten erfordert, daß diese wahrheitsgemäß über das Rechtsverhältnis zwischen der A. und dem Zessionar V. insbesondere über die nicht erfolgte Rückabtretung des eingeklagten Teils der Forderung von V. an die Witwe A. aufgeklärt worden wären. Diese Aufklärung aber hätte die Belange der Witwe A. schwer geschädigt, die beim Eingeständnis der Täuschung durch den Anwalt zu erwarten gehabt hätte, daß ihre früheren Gegner unter anderem Frau R. wieder gegen sie vorgehen würden.

Diese Ansicht begegnet aber erheblichen Bedenken. Zunächst ist, darauf hinzuweisen, daß die A. und die Beklagten das gleiche Interesse nämlich die Abweisung der Klage des V. haben. Das weitere Interesse der R. an sachgemässer Vertretung, die eine ordnungs- und wahrheitsgemässe Unterrichtung in sich schloß, richtete sich nicht gegen die A. sondern gegen ihren Anwalt. Dieses Interesse hat mit der Frage des Interessengegensatzes zwischen den Eheleuten R. und der Witwe A. unmittelbar nichts zu tun. Wenn der Anwalt die Eheleute R. nicht sachgemäß vertrat, d.h. unter anderem nicht wahrheitsgemäß unterrichtete, so verstieß er gegen seine Pflicht zur sachgemässen Vertretung, wurde aber nicht gegen die Interessen der Witwe A. tätig. Klärte er aber

die Eheleute R. dahingehend auf, daß die von V. angeblich zurückübertragene Forderung diesem in Wirklichkeit noch zustand und keine Aussichten erfolgreicher Klagabwehr gegeben waren, wenn sie nicht unabhängig von der Frage der Rückabtretung bestanden, so hätten die Beklagten den Anspruch des V. wahrscheinlich aus Kostenersparnisgründen anerkannt. Die im Falle des Unterliegens wahrscheinliche Regressforderung der jetzigen Beklagten gegen die A., die schon vom Augenblick des obsiegenden Urteils der A. gegen die früheren und jetzigen Beklagten an infolge des wahrheitswidrigen Verhaltens des Rechtsanwalts und möglicherweise auch der A. latent gegeben war, wurde durch die Klage des V., nicht durch die Vertretung der Beklagten durch ihren Anwalt ausgelöst, betraf im übrigen auch nicht den Inhalt des Prozesses V. gegen die Beklagten. Die im Interesse der Beklagten liegende sachgemäße Beratung durch ihren Anwalt hätte, wenn sie erfolgt wäre, nicht das Vorgehen der Beklagten gegen die A. bewirkt. Dieses wäre nur eine Folge der Täuschung im ersten Prozess in Verbindung mit dem gegen V. verlorenen zweiten Prozess gewesen. Für die Frage, ob im zweiten Prozess der Witwe A. entgegengesetzte Interessen vertreten wurden, kann es nur auf das tatsächliche Vorbringen und nicht darauf ankommen, was im Interesse der Beklagten gelegen hätte, mit anderen Worten, ob der Anwalt mit dem So-Dienen entgegengesetzte Interessen vertrat. Die tatsächlichen, wenn auch infolge unsachgemäßer Vertretung pflichtwidrig gegen V. vertretenen, Interessen richteten sich im konkreten Fall nicht gegen die Interessen der A. Im Gegenteil vertrat der Anwalt schon im eigenen Interesse, um den Folgen seiner Täuschung im Prozess A. gegen die R. und andere aus dem Wege zu gehen, die Interessen der R. gegen V. so, daß sie sich nicht gegen die A. richteten. Selbst wenn man es aber mit dem RG auf die wirklichen Interessen der Beklagten abstellt und diese Interessen denen der A. gegenüberstellt, so konnte doch die Vertretung der Beklagten die Lage der A. nicht mehr verschlechtern. Die Interessen der Beklagten konnten deshalb denen der A. nicht entgegengesetzt sein.

Gemeinsames Interesse und Interessengegensatz.

Die weitere Frage ist, ob entgegengesetzte Interessen immer schon dann gegeben sind, wenn sich Personen als formelle Gegner in einem Verfahren gegenüberstehen, oder ob in jedem Falle auch ein sachlicher Interessengegensatz gegeben sein muss. Zwar werden in einem Verfahren mit formeller Parteistellung in der Regel auch sachliche Interessengegensätze vorhanden sein. Es lassen sich jedoch auch

Fälle denken, wo Personen einander in der zivilprozessualen Parteistellung gegenüberstehen, die auf diese Weise ein gemeinsames, auf andere Weise nicht erreichbares Ziel, z.B. ein Urteil im bestimmten Sinne erreichen wollen.

Zunächst ist festzustellen, daß der Interessengegensatz nicht allein durch den formellen Gegensatz bestimmt werden kann, da Interessengegensätze im weiten Umfang auch ausserhalb eines Verfahrens auftreten können. Sie treten sogar meistens zunächst ausserhalb eines Verfahrens auf. Das Verfahren - der Prozess - ist oft nur die Fortsetzung des aussergerichtlich begonnenen Streits, der friedlich nicht mehr zu bereinigen ist, auf einer anderen Ebene. Der Parteibegriff muß daher auf jeden Fall nicht nur den formellen innerhalb eines Verfahrens bestehenden, sondern auch jeglichen sachlichen (materiellen) Interessengegensatz umfassen.¹⁾

Der Interessengegensatz im formellen Sinn kann für den Parteibegriff nicht ausreichen, weil er im Hinblick auf das gemeinsame Ziel die wirklichen Interessen der Beteiligten vielfach nicht berücksichtigt. So kann schon die Erwirkung eines Schuldtitels auf gemeinsamer Absprache beruhen, um dem Gläubiger eine Sicherheit zu verschaffen oder den Gläubiger zu veranlassen wegen einer Forderung, die zugleich gegenüber dem Schuldner besteht auch gegen einen Dritten vorzugehen, wozu der Gläubiger ohne gleichzeitige Sicherstellung durch einen Schuldtitel gegenüber dem Schuldner nicht bereit ist.³⁾ Es kann auch sein, daß eine Streitfrage zwischen zwei Freunden im Prozeßwege entschieden werden soll, der die Vereinbarung zu Grunde liegt, daß derselbe

1) Gegen den formellen Begriff wenden sich auch Friedlaender Ziffer 9 zu § 31 RAO und Ebner S. 37. Den formellen Standpunkt lehnt der BGHSt 7 S. 17 (19) auch für das Konkursverfahren ab. Es sei bedeutungslos, ob Konkursverwalter, Gemeinschuldner oder Konkursgläubiger in einem Verfahren Parteien im Sinne der ZPO seien. Entscheidend sei nur der Interessengegensatz innerhalb des Konkursverfahrens. Der BGH geht aber nicht soweit, nur den materiellen Standpunkt auch im übrigen, besonders für den Prozeß gelten zu lassen.

2) Geppert S. 29f verwirft den formellen und den materiellen Begriff den letzten, weil der Parteibegriff auch die Fälle, in denen ausserhalb des Verfahrens unberechtigte Ansprüche geltend gemacht würden, umfassen müsse. Der materielle Standpunkt erstreckt den Begriff des Interessengegensatzes auf die Geltendmachung aller rechtlichen Ansprüche inner- und ausserhalb eines Verfahrens. Die Nichtberechtigung eines Anspruchs kann in allen diesen Fällen gegeben sein und hat mit dem Gegensatz zwischen formellem und materiellem Parteibegriff nichts zu tun.

3) so RGSt 71 S. 331 (235). - Ein Bauer, der ein Vermögen nach § 419 BGB von seiner Mutter übernommen hatte, vereinbarte mit einem Gläubiger, daß dieser wegen Bezahlung einer Mehllieferung gegen seine abgehende Mutter vorgehen sollte. Der Anwalt des Bauern erwirkte wegen der gleichen Forderung als Bevollmächtigter des Gläubigers einen Schuldtitel gegen den Bauern.

Rechtsbeistand ihres gemeinsamen Vertrauens sie beide bei der Führung des Prozesses beraten soll, um auf diese Weise zu gewährleisten, daß auf beiden Seiten alle maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte vorgetragen werden.¹⁾ Hierher gehören auch die mannigfachen Möglichkeiten einverständlicher Scheidung. Der nur formelle Interessengegensatz täuscht vielfach eine Gegensätzlichkeit der Interessen vor, die in Wirklichkeit wegen einverständlichen Vorgehens nicht vorhanden ist.

Schuldtitel insbesondere Gestaltungsurteile lassen sich nach unserer Prozeßordnung nun einmal nicht anders als durch Inangsetzung eines prozessualen, der Form nach gegensätzlichen, Verfahrens erwirken, mögen die Beteiligten sich auch von vornherein über das im gemeinsamen Interesse liegende Ziel einig sein.

Die prozessuale, formelle Gegensätzlichkeit kann deshalb für die Frage, ob ein Interessengegensatz im Sinne des § 356 vorliegt, nicht entscheidend sein.²⁾ Die Beteiligten müssen materiell entgegengesetzte Interessen haben, wobei es auf die Frage, ob die dem Gegensatz zugrunde liegenden Ansprüche auch berechtigt sind, nicht ankommt. Ist aber der wirkliche Interessengegensatz maßgebend, so dürfte einverständliches Vorgehen im Rahmen formeller Gegnerschaft den Interessengegensatz und damit die Annahme von Parteien ausschließen. Dieses führt zu dem auf dem ersten Blick ungewöhnlich erscheinenden Ergebnis, daß Rechtssubjekte, die als Beteiligte eines Prozesses Parteien im Sinne der Prozeßordnung sind, es dennoch im Hinblick auf § 356 nicht zu sein brauchen. Das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof gehen der Entscheidung, wann ein einverständliches Verfahren vorliegt und ob hierunter auch die Fälle der Einwilligung der Erstpartei in das prozessuale Vorgehen der Zweitpartei zu begreifen sind,³⁾ aus dem Wege, indem sie ohne nähere Begründung die in der Natur des Prozesses liegende formelle Gegnerschaft für die Bejahung des entgegengesetzten Interesses und damit der Parteieigenschaft als ausreichend ansehen.⁴⁾

Bevor der Frage, wann ein einverständliches Verfahren vorliegt, und ob dasselbe wirklich in jedem Fall den Interessengegensatz ausschließt, im einzelnen nachgegangen wird, erscheint es

1) ebenso Friedlaender Ziffer 6 zu § 31 RAO.

2) a.A. Gnodtke S. 27, wonach der Begriff der Partei mit Rücksicht auf die geschichtliche Entwicklung des Parteiverrats als Prozeßdelikt angeblich sowohl den Verfahrens- wie Interessengegner umfaßt.

3) näheres S. 225 ff

4) so BGSt 4 80 (82) und 9 S. 341 ff - NJW 1956 S. 1687 (1688)

zweckmäßig, die Untersuchung zunächst auf die Fälle einverständlichen Vorgehens ausserhalb eines Verfahrens zu beschränken, weil die Ergebnisse weniger umstritten sind und die Frage des Interessengegensatzes in der Regel auch zunächst ausserhalb eines Verfahrens auftaucht. Im Anschluß daran wäre zu prüfen, ob und inwieweit die gewonnenen Ergebnisse sich auch auf das einverständliche Vorgehen innerhalb eines Verfahrens übertragen lassen. Lehrreich ist in dieser Hinsicht und zwar sowohl für die Fälle einverständlichen Vorgehens ausserhalb wie auch innerhalb eines Verfahrens das bereits angeführte Urteil des BGH vom 20.11.1952.

In einer Scheidungsangelegenheit hatte der Anwalt zunächst den Ehemann beraten. Da er die von diesem vorgebrachten Scheidungsgründe nicht als ausreichend ansah, wurde in Aussicht genommen, daß die Ehefrau die Scheidungsklage wegen böswilligen Verlassens gegen den Ehemann, nachdem dieser fortgezogen war, erheben sollte. Der Ehemann erklärte sich einverstanden, daß der Anwalt für seine Ehefrau die Scheidungsklage aus dem vereinbarten Grunde einreichte. Vor Einreichung der Klage für die Ehefrau vermittelte der Anwalt zwischen den Eheleuten ein Sorgerechts- und Unterhaltsabkommen. Nach Einreichung der Klage in der vereinbarten Weise erhob der Ehemann, vertreten durch einen anderen Anwalt, abredewidrig Widerklage. Der Anwalt der Ehefrau beantragte nunmehr seinerseits Abweisung der Widerklage und focht die geschlossenen Abkommen an.

Der BGH steht auf dem Standpunkt, daß die Bemühungen um das Zustandekommen der beiden Abkommen weder standes- noch strafrechtlich zu beanstanden seien.

Für die Frage, ob der Anwalt bei der Vermittlung des Abkommens gegensätzliche Interessen vertrat, kann es keine Rolle spielen, ob nur der Ehemann oder beide Ehegatten Auftraggeber waren, sofern es sich um ein von beiden Teilen im gemeinsamen Interesse gewünschtes Abkommen handelt. Ob bei gemeinsamem Interesse ein einseitiger oder gemeinsamer Auftrag erteilt wird, dürfte auch in keinem Falle von Bedeutung sein.

War der Ehemann allein der Auftraggeber, so kann der Auftrag auch dahin gelaute haben, daß der Anwalt in seinem ausschließlichen Interesse ein möglichst günstiges Unterhaltsabkommen zustande bringen sollte. Die Ehefrau wäre dann gleichsam nur der Adressat der Wünsche des Ehemannes gewesen, die notwendigerweise mitwirken mußte, deren Interesse der Anwalt aber nicht berücksichtigte. (BGHSt 4 S. 80 (81) - NJW 1953 S. 428 mit Anmerkung.)

tigen durfte.¹⁾ Die mit der Ehefrau entsprechend diesem Auftrag geführten Verhandlungen wären kein Dienen für diese, geschweige denn im entgegengesetzten Interesse. Würde dagegen in einem solchen Falle der Anwalt die Interessen seines Auftraggebers, des Ehemannes, hinter denen der Ehefrau bewußt zurückstellen, so würde er sich dadurch, da er bis dahin nur die einseitigen Interessen des Ehemannes vertreten hatte, der Praevarication schuldig machen.

Von Ausnahmefällen abgesehen darf der Rechtsbeistand immer nur die einseitigen Interessen seines Auftraggebers vertreten.²⁾ Er würde sich daher auch strafbar machen, wenn er ohne Auftrag (Vergleichs) Verhandlungen mit der Gegenseite führt, mag er diese auch im Interesse seines Mandanten für günstig halten oder diese innerhalb oder ausserhalb von Vergleichsverhandlungen berät. Allerdings dürfte der Auftrag, ein Unterhaltsabkommen zustande zu bringen, regelmässig den Auftrag zu Verhandlungen mit der Gegenseite und Beratung derselben zur Erreichung des Abkommens in sich schliessen. Von diesem Ausnahmefall abgesehen kann der Rechtsbeistand sich aber nicht darauf berufen, die Verhandlungen mit der Gegenseite und Beratung derselben lägen im wohlverstandenen Interesse seines Auftraggebers, da es hierauf wie auch auf die Nachteilszufügung nicht ankommt.³⁾ Wäre nur das wohlverstandene Interesse, wie es der Anwalt sieht, für die Frage des Interessengegensatzes maßgebend, so würde sich der Anwalt unzulässig zum Richter anstatt zum Sachwalter der Partei aufwerfen.⁴⁾ Allerdings lassen sich die Anwälte durch den Inhalt der zu unterzeichnenden Vollmacht seitens des Auftraggebers regelmässig ermächtigen, auch Vergleichsverhandlungen mit der Gegenseite führen zu dürfen. Ein strafbares Verhalten käme daher nur in Frage, wenn die Vollmacht insoweit widerrufen oder erkennbar wäre, daß sie insoweit nicht gelten sollte.

Wird der Anwalt dagegen von beiden Ehepartnern mit der Erstellung der Abkommen beauftragt, so kann der Auftrag nur dahin gehen,

1) Die standesrechtliche Beurteilung der Annahme eines solchen Auftrages bleibt ausser Betracht.

2) so RG in JW 1911 S. 246 und in DJZ 1910 S. 1411

3) so RG in JW 1929 S. 1886 mit Anmerkung Friedlaender und in JW 1929 S. 3170, a.A. Meves in NW. III S. 1017 und Binding II 2 S. 582. Beide sehen jegliche Vergleichsbemühungen auch ohne das Einverständnis der Erstpartei als nicht pflichtwidrig an. - Nach Goltdammer "Materialien" II S. 701 ist nicht ganz klar, ob sich die straflosen Vergleichsbemühungen nur auf den Fall einverständlichen Verhaltens oder auf jegliche Vergleichsbemühungen beziehen sollen.

4) so RG in JW 1929 S. 3169 und BGH in NJW 1955 S. 151. "Nicht das vertretbare oder erreichbare Interesse sei für die Parteibelange maßgebend."

ein Abkommen zustande zu bringen, das unter Berücksichtigung des Sach- und Rechtsstandes den beiderseitigen Interessen gerecht wird. In diesem Falle geht also der gemeinsame Auftrag auf die Herbeiführung eines billigen Ausgleichs. Der Anwalt mußte auch die Interessen der Ehefrau berücksichtigen, sie beraten; nur durfte er sie nicht dem Ehemann gegenüber bevorzugen. Beide Eheleute hatten sich dem Anwalt anvertraut, weil es ihnen nicht auf die Vertretung einseitiger Interessen, sondern auf einen billigen Ausgleich im beiderseitigen Interesse ankam.^{1) 2)}

Es mag durchaus sein, daß die Eheleute, die sich gemeinsam dem Anwalt zum Abschluß eines Sorgerechts- und Unterhaltsabkommens anvertrauen, im Interessengegensatz stehen. Sie haben jedoch dem Anwalt nicht ihre einseitigen entgegengesetzten Interessen sondern nur ein gemeinsames Interesse, den Abschluß eines Abkommens unter Berücksichtigung der beiderseitigen Belange anvertraut.³⁾ Gegenstand des Auftrages ist daher nicht die Konfliktsituation. Der Interessengegensatz ist zur Erreichung des gemeinsamen Ziels eines friedlichen Abkommens zurückgestellt worden. Zwar mag der Interessengegensatz, der die gemeinsam übertragene Aufgabe formell nicht betrifft, für die vergleichsweise Regelung praktisch nicht ohne Bedeutung sein. Diese praktische Bedeutung ist aber neben der im gemeinsamen Interesse gelegenen Aufgabe rechtlich nicht von Belang, gehört doch die Vertretung solcher gemeinsamen Interessen insbesondere zum Zweck der Vermeidung eines Rechtsstreits zu den wichtigsten Aufgaben des Rechtsbeistandes. Falls der Rechtsbeistand aber entgegen den gemeinsamen Interessen beider Ehegatten die Interessen des einen bewußt vernachlässigt, um dem anderen förderlich zu sein, so vertritt er hiermit noch keine entgegengesetzten Interessen, da sein Auftrag nur auf die Vertretung gemeinsamer, nicht einseitiger Interessen lautete. Dieses muss immer gelten, wenn nur ein gemeinsames Interesse anvertraut wurde.⁴⁾ Das sich aus dem Auftrag ergebende gemeinsame Interesse kann nicht dadurch zu einem einseitigen werden, daß der Rechtsbeistand nicht im In-

1) Bereits an dieser Stelle zeigt sich, daß es für die Frage des Interessengegensatzes wesentlich auf den Inhalt des erteilten Auftrages ankommt; weiteres hierüber S. 113

2) vergl. RGSt 14 S. 364 (379 f), RG in JW 1929 S. 3169.- Die Vergleichsbemühungen im gemeinsamen Einverständnis halten ebenfalls für straflos Oppenhoff Note 3 zu § 329 prStGB (erwähnt wird nur der Fall der Ratserteilung im gemeinsamen Interesse), Hälschner II S. 1083, Oleshausen Note 4 zu § 356, Schwarz Note 4 zu § 356 und RG in DJZ 1910 S. 1411.

3) Es genügt daher niemals der im beiderseitigen Interesse gelegene Einigungszweck. Hierzu kommen muß stets der entsprechende Auftrag, so auch Laue S. 65

4) a.A. Haferland S. 81

teresse beider Teile sondern nur im einseitigen Interesse tätig wird.

Die Rechtsprechung hat eine gemeinsame Beratung mehrerer Personen, die möglicherweise in einem Interessengegensatz stehen, allgemein für zulässig erachtet, wenn sie sich gemeinsam an denselben Rechtsbeistand wenden.¹⁾ Es macht dabei keinen Unterschied aus, ob die Beteiligten durch die gemeinsame Beratung nur eine Unklarheit z.B. bezüglich der Auslegung eines Vertrages beseitigt wissen wollen oder jede der mehreren Personen bereits eine bestimmte Vorstellung über die Auslegung des Vertrages hat und die beiderseitigen Vorstellungen deutlich einen Interessengegensatz erkennen lassen, sie sich aber an denselben Anwalt wenden, weil ihnen an sachgemässer Überprüfung ihres bisher vertretenen Standpunktes gelegen ist und sie übereinstimmend der Überzeugung sind, daß der Rechtsanwalt ihre beiderseitigen Interessen ordnungsgemäß bei der Beratung berücksichtigen werde. Sie vertrauen nur ein gemeinsames Interesse an. Unerheblich ist auch, ob sie sich gleichzeitig zu demselben Rechtsanwalt begeben oder der eine, weil sich eine gemeinsame Beratung zeitlich nicht durchführen läßt, sich später als der andere beraten läßt. Maßgebend ist stets das von den Beteiligten gewollte gemeinsame Ziel. Dieses ist im geschilderten Falle schon in der Beratung aufgrund eines im gemeinsamen Interesse erteilten Auftrages zu sehen. Der möglicherweise vorhandene Interessengegensatz soll nicht im Rahmen der dem Rechtsanwalt anvertrauten Interessen ausgetragen werden.

Liegt zwar eine gemeinsame Beauftragung vor, ist diese aber durch Täuschung, Drohung oder auf andere unlautere Weise zustande gekommen und ist dieses dem Rechtsanwalt bekannt, so vertritt er aber trotz formeller Übereinstimmung entgegengesetzte Interessen.

Diese soeben angeführten Unterscheidungen zwischen einseitiger und gemeinsamer Interessenvertretung, zwischen gegensätzlichen und gleichliegenden Interessen ausserhalb eines Verfahrens mit den sich daraus für den Parteibegriff ergebenden Konsequenzen werden, soweit erkennbar, ohne Ausnahme für das Verfahren besonders den Prozess angewandt, soweit es sich im Einzelfall um den Ausgleich widerstreitender Interessen handelt, mag der Auftrag zum Versuch des Ausgleichs ein- oder beiderseitig erteilt sein, sofern der Versuch nur dem beiderseitigen Willen entspricht.²⁾ Es ist

1) so RGSt 14 S. 364 (379)

2) so RGSt 45 S. 305 (306, 309), RG in JW 1911 S. 246 Nr. 26, RGSt 14 S. 364 (379 f) und 23 S. 64 (68), ebenso Frank II 2 zu § 356 und Sauer S. 521

daher auch ohne Bedeutung, ob dem Gegner überhaupt bekannt ist, daß der Anwalt auch von seinem Erstauftraggeber einen Auftrag zur friedlichen Beilegung der Gegensätze erhalten hatte.¹⁾ Der Interessengegensatz ist in diesen Fällen nicht gegeben, weil, soweit der Auftrag in Frage steht, nur ein beiderseitig gleichliegendes Interesse vorhanden ist. Allerdings muß der Anwalt sich in diesem Falle streng auf den Ausgleichsversuch beschränken, da er sonst in jedem Falle, gleichgültig für welche Seite er über den erteilten Auftrag hinausgeht, zurückgestellte einseitige Interessen und damit gegensätzliche Interessen wahrnimmt. Wenn der BGH²⁾ erklärt, daß in diesem Falle erst durch den in dem Tatbestandsmerkmal der Pflichtwidrigkeit liegenden Hinweis auf die standesrechtliche Vorschrift des § 37 Nr. 2 RAObz die Straflosigkeit begründet werde, so kann dem nicht beigespflichtet werden. Es fehlt am Interessengegensatz, mithin auch an den "Parteien."

Von dem Fall des Ausgleichs gegensätzlicher Interessen im gemeinsamen Interesse ist aber der Fall zu unterscheiden, daß der Anwalt auf ausdrücklichen Wunsch seines ersten Auftraggebers auch die Vertretung des Gegners übernimmt, um einen in seinem Interesse gelegenen Ausgleich zu versuchen.³⁾ In diesem Falle vertritt der Anwalt zwar widerstreitende Interessen. Er tut es jedoch ausschließlich im Auftrage und Interesse des Erstauftraggebers, um ein von diesem erstrebtes Ziel zu erreichen. Allerdings muß sich hier die Vertretung des Gegners, um straflos zu bleiben, im Rahmen des erteilten Auftrages halten.

Maßgeblich für die Frage, ob gemeinsame oder einseitige Interessen vertreten werden, sind in jedem Falle die konkreten anvertrauten Interessen, nicht der im Hintergrund stehende Interessengegensatz. So liegt auch kein Interessengegensatz sondern nur die Vertretung eines gemeinsamen Interesses vor, wenn ein zwischen den Auftraggebern vorhandener Gegensatz zurückgestellt wird, um

1) so RGSt 45 S. 305 (308), wo es um den Ausgleich wechselseitig ausgesprochener Beleidigungen ging. Nachdem indessen die erste Partei den Auftrag, einen Vergleich zustande zu bringen, zurückgezogen hatte, konnte der Rechtsbeistand nicht die andere Partei gegen die erste Partei weiter vertreten, da er der ersten Partei durch die Vergleichsverhandlungen bereits gedient hatte, so auch Laue S. 67

2) BGHSt 4 S. 80 (84)

3) so BGH 4 StR 381/54 U.v. 24.3.55 unter Bezugnahme auf RGSt 62 S. 289 (292), das jedoch in der letztgenannten Entscheidung zu einem solchen Fall nicht ausdrücklich Stellung nimmt.

einen Anspruch gegen einen Dritten geltend zu machen, dessen Durchsetzung beiden zum Vorteil gereichen würde. Das gemeinsame Interesse besteht in diesem Falle gegenüber einem Dritten, während es in den vorhergehenden Fällen zwischen den Beteiligten selbst bestand.¹⁾²⁾ Allerdings führt auch hier schon die geringste Abweichung von der Vertretung des gemeinsamen Interesses zur Vertretung eines einseitigen nämlich des zurückgestellten Interesses und damit bei Forsetzung der beiderseitigen Vertretung zur Strafbarkeit.

So bestehen auch keine Bedenken, daß derselbe Rechtsbeistand den Beklagten und den Streitverkündeten, dem er vorher im Auftrage des Beklagten den Streit verkündet hat, gemeinsam gegenüber dem Kläger vertritt, solange es nur um die gemeinsame Abwehr gegenüber der Klage geht.³⁾

Unfallsschädiger und -geschädigter vertreten nur gemeinsame Interessen gegenüber der Versicherung des Schädigers. Der Geschädigte stellt seine Ansprüche gegenüber dem Schädiger zurück, bis sich herausgestellt hat, wieweit die Versicherung des Schädigers für den entstandenen Schaden eintritt. Im Verhältnis zur Versicherung bilden daher die Beteiligten nur eine Partei.

So darf der Rechtsbeistand, wenn er bei der Abfassung eines Vertrages nur Mittler gewesen ist oder sonstige gemeinsame Interessen vertreten hat, auch einen der Beteiligten später bei Streitigkeiten aus dem Vertrage oder hinsichtlich eines Gegenstandes des gemeinsamen Interesses straflos vertreten, falls er sich dieses vorbehalten hat.⁴⁾ Das nunmehr vertretene einseitige Interesse steht nicht im Gegensatz zu dem bisher vertretenen gemeinsamen Interesse.

Für die Frage, ob die nachträgliche Vertretung eines von zwei Beteiligten, die dem Rechtsbeistand ein gemeinsames Interesse an-

- 1) so wenn mehrere im Streit bezüglich der Verteilung der Erbschaftsmasse befindliche Miterben gegen einen Erbschaftsbesitzer wegen Herausgabe eines zur Erbschaft gehörigen Gegenstandes vorgehen (Beispiel von Geppert S. 67); vergl. im übrigen RGSt 71 S. 231 (234 f) und BGH 4 StR 381/54 U.v. 24.3.55
- 2) Auch "dieselbe Rechtssache" beschränkt sich in diesem und den anderen Fällen der Anvertrauung eines gemeinsamen Interesses entgegen Geppert S. 69 auf das anvertraute gemeinsame Interesse.
- 3) so auch Friedlaender Ziffer 6 zu § 31 RAO.
- 4) so RGSt 71 S. 231 (234 f), BGH 2 StR 328/54 U.v. 11.1.1955, BGH Anw.Bl. 1955 S. 69, LK Anm. 7 zu § 356, Schonke-Schroeder III 3a zu § 356, Friedlaender II B 2a zu § 31 RAO, a.A. Kalsbach "Standesrecht" S. 388 f ohne Begründung und Klefisch in "Der Parteiverrat im Amtlichen Entwurf 1925" LZ 1926 S. 777 ff.

vertraut hatten, zulässig ist, kann es keine Rolle spielen, ob ein vorhandener Interessengegensatz zwecks gemeinsamen Vorgehens gegen einen Dritten zurückgestellt wird oder ob sich der Interessengegensatz erst nach Ausführung des gemeinsam erteilten Auftrages bildet. Wenn daher A. und B. gemeinsam einen Anwalt mit der Ausarbeitung eines Sicherungsübereignungsvertrages beauftragen, wonach A. dem B. als Sicherheit für Forderungen ihm gegenüber diesem Gegenstände zur Sicherheit übereignet, so bestehen strafrechtlich keine Bedenken, wenn der Anwalt später bei Streitigkeiten aus dem Vertrage - A. verlangt z.B. die zur Sicherheit übereigneten Gegenstände mit der Begründung des Scheinvertrages heraus -¹⁾ einen der Beteiligten vertritt, mag diese spätere Vertretung auch standesrechtlich sehr unerwünscht sein. Die Strafbarkeit setzt erst ein, wenn der Rechtsbeistand in dem nachträglich entstandenen Streit auch noch die Interessen des anderen Beteiligten gegen den ersten Beteiligten, der als sein Erstauftraggeber anzusehen ist, wahrnimmt. Es bleibt in solchen Fällen jedoch immer zu prüfen, ob nicht ein unbefugter Geheimnisverrat nach § 300 StGB vorliegt.

Dagegen wäre die spätere Vertretung des B. strafbar, wenn der Sicherungsübereignungsvertrag lediglich im Auftrage des A. geschlossen wäre.

Ausnahmen von der These, daß die Vertretung eines gemeinsamen Interesses am friedlichen Ausgleich bestehender Gegensätze untereinander und gegenüber einem Dritten unter Zurückstellung vorhandener Gegensätze keine Vertretung entgegengesetzter Interessen sei, dürfte auch für Ehe- und Strafsachen nicht zu machen sein. Für diese ist indessen, wie noch zu zeigen sein wird, hinsichtlich der Frage, wann ein Interessengegensatz und damit Parteien anzunehmen sind, zum Teil in Literatur und Rechtssprechung ein abweichender Standpunkt vertreten worden.

Der Standpunkt des Fehlens eines Interessengegensatzes bei gemeinsamem Interesse der Beteiligten wird vom BGH dann aufgegeben, wenn sich das gemeinsame Interesse nur bei Durchführung eines Verfahrens besonders eines Prozesses gegeneinander verwirklichen lässt,²⁾ formell also gegensätzliche Interessen vertreten werden.

1) Beispiel von Hogrefe in seinem Korreferat für den Strafrechtsausschuss der Deutschen Rechtsanwaltskammern; Hogrefe bringt es jedoch nicht unter dem Gesichtspunkt des Parteibegriffs.

2) so Geppert S. 70, vergl. auch S. 103 f.

Es ist aber nicht einzusehen, warum in einigen Fällen bei Vorhandensein eines gemeinsamen Interesses der Interessengegensatz verneint, in anderen Fällen aber, wenn die Gegensätzlichkeit wegen der widerstreitenden Anträge im Prozess scheinbar, in Wirklichkeit aber unter Berücksichtigung der Ziele der Prozeßbeteiligten nicht vorhanden ist, bejaht wird. Es ist kein innerer Grund ersichtlich, warum die gemeinsame Beratung zum Zwecke der Beseitigung bestehender Gegensätze strafrechtlich anders beurteilt werden soll, als die auf einem gemeinsamen Plan beruhende Prozeßführung gegeneinander, zumal § 356 nicht zwischen prozessualer und ausserprozessualer Tätigkeit unterscheidet. Die formelle Gegensätzlichkeit im Prozess, d.h. eine zuweilen nur dem äusseren Anschein nach vorhandene Gegensätzlichkeit der Interessen kann nicht entscheidend sein, denn auch bei Vertretung eines gemeinsamen Interesses zum Zwecke des Ausgleichs widerstreitender Interessen oder bei Zurückstellung solcher Interessen zwecks gemeinsamen Vorgehens gegen einen Dritten, dem gegenüber ein gemeinsames Interesse besteht, kann nach aussen der Eindruck der Vertretung widerstreitender Interessen hervorgerufen werden. Die Tatsache, daß bei der Prozeßführung Parteien im zivilprozessualen Sinne vorhanden sind, kann ebenfalls nicht ausschlaggebend sein, da der Parteibegriff des § 356 nicht mit dem zivilprozessualen Begriff identisch ist.

In einer Entscheidung¹⁾ läßt der BGH die Frage noch offen, ob die Übernahme der Beratung oder Vertretung der einen und dann der anderen Partei an dem selbständigen Verfahren des bürgerlichen Rechts allgemein ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls pflichtwidrig sei.²⁾ Hier wird jedenfalls noch die Möglichkeit offengelassen, daß es auf die Umstände des Einzelfalls ankomme, während andere Entscheidungen nur auf die entgegengesetzten Prozeßziele³⁾ oder darauf abstellen, ob die Tätigkeit noch im Rahmen der ausgleichenden Tätigkeit des Anwalts liege.⁴⁾ In beiden Fällen handelt es sich um eine wenigstens anfänglich einverständliche Scheidung. Der Anwalt beriet oder vertrat im Prozeß zu-

1) BGH 3 StR 252/52 U.v. 16.7.1953

2) Der BGH stellt es auf das Merkmal "pflichtwidrig" ab, das er unter Bezugnahme auf § 37 Nr. 2 RAObzZ dahin bestimmt, daß der Anwalt beiden Parteien "im entgegengesetzten Interesse" gedient haben müsse. Hinter "pflichtwidrig" verbirgt sich also der Begriff der "entgegengesetzten Interessen".

3) so BGH St 9 S. 341 (347) vgl. BGH 3 StR 252/52 v. 16.7.53

4) so BGH St 4 S. 80 (82)

nächst den einen Ehepartner und dann mit seinem Einverständnis den anderen Ehepartner im Scheidungsprozeß. Der BGH nimmt in beiden Fällen, einmal mit der Begründung, daß eine einverständliche Scheidung nicht mehr im Rahmen der ausgleichenden Tätigkeit des Anwalts liege, im anderen Falle, daß bereits die entgegengesetzten Prozeßziele den Interessengegensatz begründeten, an, daß bereits das erste Tätigwerden für den anderen Ehepartner die Vertretung entgegengesetzter Interessen darstelle.

Im Hinblick auf das Strafverfahren mit seinem öffentlich rechtlichen Charakter hatte der BGH¹⁾ erklärt, daß es auf den Willen der Beteiligten, wenn er mit ihrem wirklichen Interesse im Widerspruch stünde, nicht ankomme. Maßgebend für den Interessengegensatz sei nur das wirkliche Interesse. Diese Entscheidung steht im Gegensatz zu einer anderen BGH-Entscheidung,²⁾ die nicht auf das tatsächliche (objective) wirkliche Interesse sondern auf das Ziel, den Willen der Parteien, abstellte.³⁾ Bisher hat der BGH lediglich in einem Falle⁴⁾ innerhalb eines Verfahrens bei einverständlichem Vorgehen das Vorliegen eines Interessengegensatzes verneint. So dürfte ein Rechtsbeistand in einem Konkursverfahren die Konkursgläubiger und den Gemeinschuldner gleichzeitig vertreten, wenn ein vorgeschlagener Zwangsvergleich im beiderseitigen Interesse liege und beide Teile sich für die Annahme einsetzen. In diesem Falle schwinde der Interessengegensatz erkennbar nach aussen hin, weil es sich hier um teilbare Vermögensangelegenheiten handle. Diese Ansicht ist richtig. Das einverständliche Vorgehen ist aber nur dann gegeben, wenn das Einverständnis der Erstauftraggeber, der Konkursgläubiger, vor Tätigwerden für den Gemeinschuldner eingeholt wird. Im übrigen dürfte der Rechtsbeistand für den Gemeinschuldner auch nur im Hinblick auf den abzuschliessenden Zwangsvergleich, dessen Annahme im allseitigen Interesse liegen könnte, tätig werden, sonst würde er entgegengesetzte Interessen vertreten.

Die BGH-Entscheidungen lassen aber keine klare Linie erkennen.⁵⁾ Ob für den Prozeß zur Annahme des Interessengegensatzes stets der formelle Gegensatz ausreichen soll.⁶⁾ Ob es ausserhalb

1) BGH St 5 S. 284 (286)

2) BGH St 5 S. 301 (307)

3) näheres S. 115 ff.

4) BGHSt 7 S. 17 (21) - NJW 1955 S. 150 ff

5) Dieses dürfte auch darauf zurückzuführen sein, daß die zu entscheidenden Fälle nach Ansicht des BGH keine grundsätzliche Stellungnahme geboten.

6) Dieses nimmt Geppert S. 70 allgemein an, so z. B. auch, wenn der den Mieter beratende Anwalt im gemeinsamen Einvernehmen von Vermieter und Mieter ein Raummungsurteil gegen den Mieter erwirkt, damit dieser vom Wohnungsmiet eine Ersatzwohnung erstellt erhält

des Prozesses in einem Verfahren anderer Art stets darauf ankommen soll, ob es sich um teilbare oder nicht teilbare Vermögensangelegenheiten handelt - soll in einer Nichtvermögensangelegenheit das gemeinsame Interesse unbeachtlich sein? - und ob für das Strafverfahren nur die Entscheidung, ob das wirkliche Interesse im Gegensatz zu dem Willen der Beteiligten (subjectives Interesse) zu beachten ist oder auch andere Gesichtspunkte von Bedeutung sein können, ist bisher nicht geklärt worden.

Kohlrausch-Lange¹⁾ versucht die Frage der Beachtlichkeit des gemeinsamen Interesses grundsätzlich zu klären. Er unterscheidet zwischen verschiedenen Arten rechtlicher Interessen. Im Straf- und Ehescheidungsrecht handele es sich um öffentliche unverzichtbare Interessen. Trotz Wegfall des Parteiinteressenkonflikts sei daher der Interessengegensatz zu bejahen, weil es in diesen Fällen nicht auf den Parteiinteressenkonflikt ankomme. Dagegen könne im Konkursverfahren durch Zustimmung beider Mandanten der Interessenwiderstreit schwinden, offensichtlich deshalb, weil es sich hier nicht um öffentliche unverzichtbare Interessen handele. Kohlrausch-Lange kommt damit hinsichtlich der Beachtlichkeit des gemeinsamen Interesses für den Wegfall des Interessengegensatzes teilweise zu denselben Ergebnissen wie der BGH.²⁾ Es fehlt jedoch auch bei ihm eine Stellungnahme, wann öffentliche unverzichtbare Interessen vorliegen. Das Ehe- und Strafverfahren wird offensichtlich nur beispielhaft angeführt.

Der Standpunkt des BGH und von Kohlrausch-Lange begegnet jedoch Bedenken. Die Interessen im Rahmen des § 356 sind nicht teilweise öffentlicher, teilweise privater Natur; sie sind stets, weil es sich nur um die Interessen von Parteien handelt, deren Durchsetzung ausschliesslich ihrer Initiative unterliegt, ganz persönlicher, privater Natur. Dieses gilt auch für das Strafverfahren, da der Interessengegensatz die rechtliche Beteiligung zur Voraussetzung hat. Es geht auch nicht um den Verzicht von Interessen, der rechtlich nur wirksam wäre, wenn das rechtliche Interesse privater Disposition unterläge, sondern ausschliesslich darum, ob der Auftrag des einen Teils dem Auftrag des ande-

1) III zu § 356

2) Eine vollständige Übereinstimmung ist schon deshalb nicht möglich, weil der BGH teilweise das subjective teilweise das objective Interesse für maßgeblich erklärt, Kohlrausch-Lange aber, soweit nicht unverzichtbare Interessen vorliegen, im Gegensatz zu der überwiegenden Rechtsprechung des BGH das subjective Interesse für maßgeblich erklärt, siehe hierzu S. 115 ff.

ren Teils entgegengesetzt ist oder ob der Inhalt der beiden Aufträge rechtlich als derselbe zu bezeichnen ist, mithin ein gemeinsames Interesse vorliegt. Diese Prüfung hat nichts mit der Frage zu tun, ob im Einzelfall mit der Verfolgung der privaten gemeinsamen Interessen auch möglicherweise allgemeine Interessen berührt werden, die eine Verfolgung der gemeinsamen privaten Interessen im Einzelfall unerwünscht erscheinen lassen.

Die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Interessen im Bereich eines ungenannten Tatbestandsmerkmals ergibt sich auch nicht aus dem Charakter des Delikts. Die Strafbestimmung dient nicht dem Schutz der angeführten öffentlichen Interessen, die im Rahmen des § 356 zu berücksichtigenden Interessen sind stets nur die von den Beteiligten anvertrauten Angelegenheiten.

Die für das Eheverfahren geltenden besonderen Verfahrensgrundsätze berühren in keiner Weise die Frage, ob ein Interessengegensatz vorhanden ist oder nicht, so daß aus diesen Verfahrensgrundsätzen auch keine Folgerungen für die Frage der Beachtlichkeit eines gemeinsamen Interesses gezogen werden können. Es mag vorkommen, daß ein Anwalt, um einen Auftrag von beiden Ehepartnern übereinstimmend zu erhalten, die Interessen des einen Ehepartners nicht genügend berücksichtigt, weil es sonst möglicherweise nicht zu einer übereinstimmenden Beauftragung kommen könnte. Die Frage der ordnungsgemässen Beratung darf aber mit der Frage nach dem Ziel und Willen der Ehepartner, mag das Ziel in ihrem wohlverstandenen Interesse liegen oder nicht, nicht vermengt werden. Auf das wohlverstandene Interesse der Beteiligten kann es weder im positiven noch im negativen Sinne ankommen. Dieses hat auch der BGH¹⁾ in einem anderen Zusammenhang zum Ausdruck gebracht, indem er erklärte, daß die Frage des Interessengegensatzes sich nicht nach dem richten könne, was von dem Anliegen der Parteien vertretbar oder erreichbar sei. Wie das wohlverstandene Interesse den Interessenbereich nicht beschränken kann, so kann er andererseits auch nicht dadurch erweitert werden, daß der Partei ein wohlverstandenes Interesse unterstellt wird, das weder dem erteilten Auftrag noch ihrem Ziel entspricht.

Das Ehe- und Strafverfahren werden auch durch die Annahme der Erheblichkeit des beiderseitigen Einverständnisses selbst in keiner Weise berührt. Es ist auch ohne Belang, daß für das Eheverfahren im Interesse der Erhaltung der Ehe die Dispositionsmaxime teilweise durch die Inquisitionsmaxime ersetzt worden ist. Die

1) BGH 8 7 3. 17 (20 f)

Anwendung der besonderen Verfahrensgrundsätze ist in keiner Weise behindert, wenn beide Ehepartner durch denselben Anwalt vertreten werden. Das Gericht oder der Staatsanwalt kann die der Erhaltung der Ehe dienenden Beweise erheben bzw. beantragen. Wenn beide Parteien sich über die Art der Durchführung des Eheverfahrens im einzelnen einig sind, - nur dann kann von einem gemeinsamen Interesse gesprochen werden - wird von beiden Anwälten oder dem einen Anwalt, falls aus Kostenersparnisgründen vereinbarungsgemäss nur die klagende Partei vertreten wird, doch nur das der Vereinbarung Entsprechende vorgetragen. Die vom BGH¹⁾ wiederholt geäusserte richtige Ansicht, daß eine einverständliche Scheidung nicht im Rahmen der ausgleichenden Tätigkeit des Anwalts liege, berührt doch nur die standesrechtliche Seite. Sie betrifft die Fälle, daß der Anwalt durch seine Beratung die Schaffung eines Scheidungsgrundes erst ermöglicht oder auf Absprache beruhende fingierte Scheidungsgründe vorträgt.

Nimmt man mit dem BGH für das Eheverfahren eine Gegensätzlichkeit kraft gesetzlichen Zwanges an,²⁾ so müßte diese bei gemeinsamem Interesse auch für die dem Scheidungsrechtsstreit vorausgehende Beratung gelten, da auch diese nur der Durchführung einer einverständlichen Scheidung dient. Auf welche Weise die Interessen der Ehepartner vertreten werden, ob durch Beratung oder Vertretung im Prozeß, kann für die Frage des Interessengegensatzes nicht entscheidend sein, ebensowenig, daß im Prozeß der angebliche Gegensatz erst nach aussen hervortritt. Die Gegensätzlichkeit kraft gesetzlichem Zwanges will der BGH aber sicherlich nicht für die gemeinsame Beratung bejahen.³⁾ Wenn also der BGH erklärt, daß im Scheidungsverfahren⁴⁾ der die Scheidung betreibenden Partei kraft gesetzlichen Zwanges der beklagte Ehegatte mit dem entgegengesetzten, auf die Erhaltung der Ehe gerichteten, Interesse gegenüberstehe, so trifft das nicht zu.

Mit der Frage nach dem Interessengegensatz dürfen nicht ethische Prinzipien, allgemeine Interessen an der Aufrechterhaltung der Ehe verknüpft werden. Ob der Staat die einverständliche Scheidung gutheißt oder nicht, ist strafrechtlich belanglos. Hier möge das Standesrecht mit angemessener Schärfe zum Zuge kommen. Bei

1) so BGHSt 4 S. 80 (82)

2) so bes. BGH 3 StR 252/52 v. 16.7.53

3) Gemeinsame Beratung von scheidungsentschlossenen Ehegatten im beiderseitigen Interesse hat das OLG Hamburg in "Hanseatische Rechtszeitschrift" 1924 Nr. 12 für zulässig erklärt (ebenso Riffel S.43) und hierin auch kein Hindernis für die spätere Vertretung eines Ehegatten im Scheidungsprozeß gesehen.

4) Dasselbe muß auch für das Eheanfechtungs- u. aufhebungsverfahren gelten.

einverständlicher Scheidung sind nur noch formell aber materiell keine Interessengegensätze und demgemäss auch keine "Parteien" im Sinne des § 356 vorhanden.¹⁾ Der Anwalt bringt sich solchenfalls auch nicht, wie der BGH annimmt,²⁾ in die eines Anwalts unwürdige Lage, gegen seinen ursprünglichen Auftraggeber - es wird angenommen, daß zunächst nur ein Ehegatte und zwar der spätere Beklagte und erst anschliessend beide Ehegatten den Anwalt zur Beratung aufgesucht haben - vor Gericht Anträge stellen und Vortrag halten zu müssen. Mit unwürdigem Verhalten dürfte die dem gemeinsamen Interesse der Ehepartner entsprechende Handlungsweise kaum etwas zu tun haben.

Damit ist aber das Ergebnis für die Ausgangsentscheidung³⁾ zu dem gesamten Problemkreis über das gemeinsame Interesse und seine Bedeutung für den Interessengegensatz vorgezeichnet. In der Vertretung der Ehefrau im Ehescheidungsstreit, die auf gemeinsamer Absprache mit dem vorher beratenen Ehemann beruhte, durch denselben Anwalt lag entgegen dem BGH erst dann eine Vertretung widerstreitender Interessen, als der Ehemann entgegen der Vereinbarung sich vertreten liess. Widerklage erhob und der Anwalt die Vertretung der Ehefrau fortführte.⁴⁾

Eine ähnliche Problemstellung wirft das Urteil vom 15.11.1955 in einer anderen Ehesache auf.

Ein Ehepaar wollte sich scheiden lassen und besprach mit einem Anwalt gemeinsam die Einzelheiten des Scheidungsverfahrens. Ob der Ehemann, dem der Anwalt empfohlen war, diesen zunächst allein zur Beratung aufgesucht hatte, ist nicht klar ersichtlich. Da die Ehefrau die Scheidungsklage nach § 48 EG erheben und der Ehemann nicht widersprechen sollte, wurde eine Unterhaltsregelung, die schon zwischen den Ehegatten vorweg abgesprochen war, noch mehrmals zu Gunsten der Ehefrau in gemeinsamer Besprechung beim Anwalt geändert. Nach der beiderseits unterschriebenen Vereinbarung erhob der Anwalt vereinbarungsgemäss für die Ehefrau die Scheidungsklage. Später, als nach rechtskräftiger Scheidung die Ehefrau auf Grund der Vereinbarung erhöhten Unterhalt verlangte, vertrat derselbe Anwalt den Ehemann.

Gegen den Anwalt war Anklage erhoben worden, nicht weil er die Ehefrau in der Ehescheidungsache mit beraten oder für sie später

¹⁾ im Ergebnis ebenso AG Ansbach in NJW 1951 S. 207.

Schmidt-Leichner in NJW 1955 S. 400

²⁾ BGHSt 4 S. 80 (81)

³⁾ BGHSt 4 S. 80 (82)

⁴⁾ grundsätzlich ebenso AG Ansbach a.a.O.

die Scheidungsklage erhoben hatte, sondern weil er den Ehemann später in dem Unterhaltsstreit vertreten hatte. Der BGH läßt allerdings durchblicken, daß die Vertretung der Ehefrau in dem Scheidungsverfahren - nicht schon die Beratung, obwohl dieses folgerichtig gewesen wäre - pflichtwidrig gewesen wäre.

Es erscheint nicht folgerichtig - jedenfalls vom Standpunkt des BGH - die Unterhaltsvereinbarung für beide Ehepartner, die doch die notwendige Voraussetzung für die beabsichtigte Art der Ehescheidung war - ohne die Vereinbarung hätte die Ehefrau sich mit der Klage nach § 48 EG nicht einverstanden erklärt - durch denselben Anwalt als erlaubt anzusehen, nur weil sie im gemeinsamen Interesse erfolgte. Die Unterhaltsregelung diente der Durchführung eines Verfahrens, in dem nach dem BGH kraft gesetzlichen Zwanges entgegengesetzte Interessen vertreten wurden. Hier lag dieselbe Situation zugrunde, wie sie auch während des Scheidungsrechtsstreits gegeben war. Es ist nicht folgerichtig, in Ehesachen den Gegensatz erst mit dem beginnenden Prozeß anzunehmen. Die Unterhaltsregelung mußte deshalb vom Standpunkt des BGH aus demselben Zwang wie die Vertretung im Prozeß unterliegen.

Der BGH geht jedoch einen anderen Weg. Er nimmt an, daß dem Anwalt von der Ehefrau mit dem Scheidungsauftrag auch die Unterhaltssache anvertraut sei und deshalb die spätere Vertretung des Ehemannes eine Vertretung entgegengesetzter Interessen gewesen sei. Da jedoch die Unterhaltsregelung bereits vor Einleitung der Scheidungsklage für die Ehefrau gemeinsam mit dem Ehemann anvertraut und formell abgeschlossen war, "konnte" die Ehefrau ihrem Anwalt mit der Scheidungssache die Unterhaltssache nicht nochmals anvertrauen. Jedenfalls ist aus den Urteilsgründen nicht ersichtlich, daß die Unterhaltsregelung im Scheidungsrechtsstreit noch irgendeine Rolle gespielt hätte und zwar abweichend von der vorher gemeinsam getroffenen Regelung. Es kommt hinzu, daß der für das Eheverfahren anvertraute Sachverhalt keine geeignete Grundlage zur gleichzeitigen oder nachfolgenden Regelung des Unterhaltsanspruchs bot. Deshalb mußte diese Angelegenheit im Interesse der Ehefrau vorher geregelt werden. War aber die erste Unterhaltssache vom Ehemann oder beiden Ehegatten anvertraut, konnte der Anwalt später den Ehemann in der neuen Unterhaltssache vertreten, ohne entgegengesetzte Interessen wahrzunehmen.

War die Unterhaltsregelung vor Beginn des Scheidungsrechtsstreits nur vom Ehemann anvertraut worden, so würde die Betrauung des Anwalts mit derselben Angelegenheit durch die Ehefrau

im Scheidungsprozess einen Interessengegensatz hervorrufen. War die frühere Unterhaltsregelung aber gemeinsam anvertraut, hatte der Anwalt also keine einseitigen Interessen vertreten, so wäre die nachfolgende Vertretung der Unterhaltssache für die Ehefrau im Scheidungsrechtsstreit auch keine Vertretung widerstreitender Interessen.¹⁾ Dagegen würde dann die spätere Vertretung des Ehemannes im Unterhaltsrechtsstreit nach dem Scheidungsprozess trotz des vorher gemeinsam erteilten Auftrages eine Vertretung widerstreitender Interessen sein, weil sie im Gegensatz zu den Interessen stand, die vom Anwalt im Scheidungsrechtsstreit für die Ehefrau vertreten wurden. Ist aber im Scheidungsrechtsstreit von der Unterhaltsregelung überhaupt nicht die Rede gewesen oder wenigstens nicht in einem von dem früheren gemeinsam erteilten Auftrag abweichenden Sinne, so ist die spätere Vertretung des Ehemannes im Unterhaltsrechtsstreit zwar unerwünscht aber straflos, weil sie dem früheren gemeinsamen Interesse nicht entgegensteht.

Auch im Strafverfahren kann ein gemeinsames Interesse den Interessengegensatz ausschliessen. Werden dem Anwalt zunächst durch einen Radiohändler die Interessen auf Bezahlung von zwei an einen Kunden gelieferten Radiogeräten anvertraut und übernimmt derselbe Anwalt später im gemeinsamen Interesse des geschädigten Händlers und des Schädigers die Verteidigung des letzten in einem Strafverfahren wegen Betruges, welches sich auch auf Lieferung der zwei durch den Händler gelieferten Geräte bezog, so steht das letzte als gemeinsam anvertrautes Interesse - dem Händler kann durchaus an einem Freispruch oder milder Bestrafung gelegen sein, damit er möglichst bald zu seinem Gelde kommt - nicht im Interessengegensatz zu den von dem Händler zuerst allein anvertrauten Interessen.²⁾ Der Interessengegensatz kann aber auch deshalb zu verneinen sein, weil der Zweitauftraggeber dem Anwalt mit Rücksicht auf die Belange des Erstauftraggebers nur ein beschränktes Interesse anvertraut. Läge in dem vorgenannten Falle die Verteidigung des des Betruges angeklagten Kunden zwar nicht im gemeinsamen Interesse, würde dieser aber seinen Verteidiger beauftragen, keinen Freispruch, der die zivilrechtlichen Ansprüche des Händlers möglicherweise gefährden würde, sondern nur eine milde Bestrafung zu beantragen, so wären die aufeinander abgestimmten Interessen der Beteiligten nicht mehr

1) a.A. für den Fall gemeinsamer Beratung Geppert S. 71

2) ebenso Kohlrausch-Lange III zu § 356 a.A. BGHSt 3 S. 400 ff.

entgegengesetzt.¹⁾

Der Charakter des Strafverfahrens gebietet keine andere Auslegung des Interessengegensatzes. Das beiderseitige Einvernehmen und die Interessenbeschränkung richten sich nicht gegen den staatlichen Strafanspruch. Betroffen wird lediglich das private Interesse des Einzelnen an der Bestrafung. Auch sonstige Belange der Rechtspflege werden nicht gefährdet. Das beiderseitige Einvernehmen muss also den Interessengegensatz beseitigen, der durch die Strafanzeige des Verletzten nach aussen in Erscheinung getreten ist. Wer die entgegengesetzten privaten Interessen, die zumeist auch solche der Öffentlichkeit sind, durch eine Strafanzeige zum Tragen bringen kann, muß auch das Recht haben, den in einer solchen Anzeige liegenden Gegensatz im Einvernehmen mit dem Schädiger und Verletzten zum Schwinden zu bringen. Indessen wird eine solche einverständliche doppelte Beistandsleistung selten sein, da die Erstattung der Strafanzeige gerade Ausdruck des Interessengegensatzes zum Schädiger ist.

Ein beiderseitiges Einverständnis im Privat- und Nebenklageverfahren ist zwar auch theoretisch denkbar, dürfte jedoch praktisch kaum vorkommen, da es dem Privat- oder Nebenkläger jederzeit freisteht, die Privat- bzw. Nebenklage zurückzuziehen.

Die Zulässigkeit der Interessenbeschränkung im Strafverfahren kann auch nicht mit der Begründung verneint werden, das wohlverstandene Interesse des Angeklagten fordere die Unteilbarkeit der Interessen und damit die Unzulässigkeit der Beschränkung der Verteidigung. Hierzu ist nur bereits Gesagtes zu wiederholen, daß nämlich der Interessengegensatz sich nicht nach dem bestimmen kann, was dem wirklichen Interesse der Partei dient, sondern nur nach dem, was sie gewollt hat.

Es erhebt sich jedoch allgemein die Frage, ob ein vorhandener Interessengegensatz nur bei gemeinsam erteiltem übereinstimmendem Auftrag entfällt, mag eine formelle Prozeßgegnerschaft vorhanden sein oder nicht, oder auch dann, wenn der ursprüngliche Auftraggeber nur die Zustimmung zur gleichzeitigen oder nachfolgenden Vertretung der Gegenseite in derselben Rechtssache erteilt hat, also kein gemeinsamer Auftrag zugrunde liegt.²⁾ Das RG

1) a.A. BGHSt 5 S. 301 (307 f) und 4 StR 402/55 U.v. 24.11.1955

2) Ein interessantes Beispiel zu dieser Fragestellung bringt Wolff S. 119. - RA X war von A beauftragt mit B Vergleichsverhandlungen zu führen. Bevor X diesem Auftrag nachkommt, nimmt er in derselben Rechtssache ohne Wissen des A ein Mandat von B gegen A an. X vertritt entgegengesetzte Interessen, wenn er auch für B tätig wird, es sei denn, daß sich der Auftrag des B auch auf Vergleichsverhandlungen mit A beschränkt hätte und X nur in diesem Umfange auch für B tätig geworden wäre. Hätte sich A mit der

und der BGH¹⁾ machen keinen klaren Unterschied zwischen dem beiderseitigen Einvernehmen auf Grund gemeinsamen Plans, das den Interessengegensatz entfallen läßt, und der Einwilligung, die ihre Bedeutung als Rechtfertigungsmal hat aber eine tatbestandsmässige Handlung voraussetzt, obwohl eine solche Unterscheidung, wie noch zu zeigen sein wird, nicht nur aus systematischen Gründen sondern auch für die Irrtumslehre ihre praktische Bedeutung hat. Die Verwischung der Grenzen zwischen beiden Verhaltensweisen hat zur Folge, daß die Einwilligung mehrfach nicht als Rechtfertigungsgrund behandelt sondern ihre Bedeutung innerhalb der Tatbestandsmässigkeit geprüft wird. Obwohl also das RG bei der Prüfung des Wegfalls des Interessengegensatzes nicht scharf zwischen planvollen gemeinsamem Vorgehen und der Einwilligung des Erstauftraggebers zur Vertretung auch des Zweitauftraggebers unterscheidet, wirft es²⁾ die nur im Hinblick auf die Rechtmässigkeit der tatbestandsmässigen Handlung wichtige Frage auf, ob und inwieweit das durch § 356 geschützte Rechtsgut der Parteiverfügung unterliege. Ob ein Interessengegensatz vorliegt, ist jedoch unabhängig von der Frage der Möglichkeit der Parteiverfügung über das geschützte Rechtsgut festzustellen. Ob die Einwilligung selbst ihre Bedeutung auch schon innerhalb der Tatbestandsmässigkeit durch mögliche Beseitigung des Interessengegensatzes hat, soll wegen der üblichen systematischen Einordnung der Einwilligung unter die Rechtfertigungsgründe dem Abschnitt über die Rechtswidrigkeit vorbehalten bleiben.

Abschliessend ist demnach festzustellen, daß in den engen Grenzen des gemeinsamen Einvernehmens ein Interessengegensatz in keinem Falle entstehen kann. Ein solches Einvernehmen liegt vor, wenn beide Beteiligte in gegenseitiger Übereinstimmung das Vorgehen des einen Streitteils, auch wenn es formell den Interessen des anderen Streitteils entgegensteht, festlegen und sich entsprechend der Übereinkunft auch tatsächlich verhalten.³⁾

unbeschränkten gleichzeitigen Vertretung des B einverstanden erklärt, so würde zwar die Vertretung des B nicht rechtswidrig sein (s näheres S. 230ff.). X würde aber vom Standpunkt des B aus entgegengesetzte Interessen vertreten, wenn er ohne Wissen des B für den A in derselben Rechtssache weiter tätig wäre.

1) RGSt 45 S. 305 (309), 62 S. 155 (158) und S. 289 (297), 71 S. 231 (234 ff.), 72 S. 133 (139 ff.) u. BGHSt 3 S. 400 (403) 2) in JW 1929 S. 3169

3) Schmidt-Leichner "Zur Problematik des Parteiverrats" NJW 1953 S. 404 (406) verneint ebenfalls unter Zugrundelegung des hier vertretenen materiellen Begriffs der entgegengesetzten Interessen den Interessengegensatz auch für den Prozess einschließlich Eheverfahren, jedoch in allen Fällen des Einverständnisses ohne Unterscheidung, ob von vornherein nach gemeinsamem Plan einverständlich vorgegangen oder nachträglich in die Vertretung des

Inhalt und Umfang der anvertrauten Interessen und Ziel als Grundlage für die Prüfung des Interessengegensatzes.

Die Prüfung des Interessengegensatzes erfordert regelmässig da, wo der Gegensatz nicht offenkundig ist, die Prüfung des Umfanges der vom Erstauftraggeber anvertrauten Interessen. Diese sind nicht schlechthin mit den mitgeteilten Tatsachen gleichzusetzen. Die letzteren sind rechtlich nur insoweit bedeutsam, als aus ihnen rechtliche Folgerungen im Angriff oder in der Abwehr gezogen werden können oder sollen. Die anvertrauten rechtlichen Interessen umfassen daher nur die zur Begründung oder Abwehr eines Anspruchs oder von Einwendungen erforderlichen Tatsachen. Damit entfallen als Gegenstand der Anvertrauung solche Tatsachen, die erst durch den Gegner in den Prozeß eingeführt werden. Die anvertrauten Interessen beschränken sich aber nicht auf den oder die geltendgemachten rechtlichen Ansprüche als solche sondern beziehen sich ebensosehr auf die zur Begründung erforderlichen Tatsachen, weil die Tatsachen erst die Rechtsgrundlage für die Ansprüche schaffen und die Ansprüche daher ohne die Tatsachen nicht zu verwirklichen sind. Es spielt dabei keine Rolle, woher der Rechtsbeistand die Kenntnis der Tatsachen gewonnen hat, ob sie also durch den Mandanten, durch Dritte oder auf andere Weise zu seiner Kenntnis gelangt sind.

Wenn aber der Anwalt Tatsachen, die der Gegner in einem früheren Prozess eingeführt hat, in einem späteren Prozess, der nicht denselben Streitgegenstand betrifft, nunmehr als Vertreter des früheren Gegners oder eines Dritten gegen den Erstauftraggeber vorträgt, mag der Anwalt die Tatsachen von sich aus vorbringen, oder nur insoweit, als der Dritte sie ihm neu anvertraut hatte, so kann aus der Wiederverwendung dieser Tatsachen allein nicht die Vertretung widerstreitender Interessen im späteren Prozess hergeleitet werden.

So hatte der Beklagte in einem durch das RG entschiedenem Falle¹⁾, vertreten durch einen Anwalt, gegen die gegen ihn nach § 1298 I BGB geltendgemachte Schadensersatzforderung seiner früheren Verleumdungen vorgetragen, daß er wegen Vortäuschung einer

Gegners eingewilligt wird. Indessen vertritt sich mit der von ihm vertretenen Auffassung, daß jegliches Einverständnis den Interessengegensatz beseitige, nicht der Hinweis, daß das früher erteilte Einverständnis des Ehemannes zur Erhebung der Scheidungsklage für die Ehefrau jederzeit widerrufen werden könne, denn das Einverständnis beseitigt den Interessengegensatz ohnehin nur solange, wie es vorliegt. Eines Widerrufs bedarf es nicht.

Schwangerschaft, mithin aus wichtigem Grunde, vom Verlöbniß zurückgetreten sei. Die Klägerin entgegnete, daß der Beklagte die Schwangerschaft beseitigt habe. In einem anderen Prozeß mit der Rechtsgrundlage aus § 1298 I BGB vertrat derselbe Anwalt, der im ersten Prozess den Beklagten vertreten hatte, nunmehr die zweite Verlobte des früheren Beklagten als Klägerin gegen den Beklagten. Dieser berief sich darauf, daß er die zweite Verlobung nur deshalb eingegangen sei, weil die Klägerin eine Schwangerschaft vorgetäuscht habe. Im Laufe dieses Rechtsstreits trug der Anwalt die im ersten Prozess von der damaligen Klägerin, der ersten Verlobten des Beklagten, vorgebrachte Abtreibungsgeschichte vor, soweit die zweite Verlobte sie ihm neu anvertraut hatte, um den Charakter des Beklagten zu beleuchten.

Mit dem Vorbringen dieser von der Klägerin im ersten Prozess vorgetragenen Abtreibungsgeschichte vertrat der Anwalt im zweiten Prozess keine Interessen, die denen seines früheren Auftraggebers entgegengesetzt waren. Noch deutlicher wird die rechtliche Belanglosigkeit der Abtreibungsgeschichte für den Umfang der dem Anwalt anvertrauten Interessen, wenn unterstellt wird, dass der zweite Prozess nicht einen Anspruch aus § 1298 I BGB sondern z.B. einen Zahlungsanspruch betraf und die Abtreibungsgeschichte nur vorgetragen wurde, um die Unglaubwürdigkeit des Beklagten darzutun oder daß auch im ersten Prozess die Abtreibungsgeschichte nur dem Nachweis der Unglaubwürdigkeit dienen nicht aber eine Erwiderung auf die Abwehrgründe desselben sein sollte. Die vom Gegner eingeführten Tatsachen werden also nicht dadurch, daß sie für diesen im Angriff oder in der Abwehr von Bedeutung sind und deshalb zu ihnen Stellung genommen werden muß, dem Rechtsbeistand vom Auftraggeber mit anvertraut.

Inhalt und Umfang des jeweils anvertrauten Interesses bestimmen sich nach dem Vertrauen, das dem Rechtsbeistand mit dem Auftrag in Bezug auf die rechtliche Auswertung eines Sachverhalts entgegengebracht wird.¹⁾ Beschränkt daher ein Mandant den Auftrag an den Rechtsbeistand ausdrücklich auf die Erwirkung eines Schuldtitels, so erstreckt sich das anvertraute Interesse nicht auf die Zwangsvollstreckung. In einem vom EGH²⁾ entschiedenen Fall hatte der Rechtsanwalt X für eine Bank einen Schuldtitel gegen F. erwirkt. Ein anderer Gläubiger des F. betrieb die Zwangsversteigerung des dem F. gehörenden Grundstücks. X übernahm im Einverständnis mit der Bank die Vertretung des F., da die Bank an einer sofortigen Versteigerung des Grundstücks des F. nicht interessiert war. Da die 1. RG in DR 1939 S. 714 Nr. 9 und BGHSt 5 S. 301 (307)

Band 2 Seite 188

Bemühungen des X für F zur Abwendung der Zwangsversteigerung erfolglos waren, legte er das Mandat für F. nieder und bestellte sich nunmehr zum Vertreter der Bank in dem Zwangsversteigerungsverfahren.

Da das von der Bank anvertraute Interesse auf die Erwirkung des Schuldtitels beschränkt war, kommt es auf das Einverständnis der Bank zur Vertretung des F. im Zwangsversteigerungsverfahren rechtlich nicht an. X durfte aber die Vertretung der Bank im Zwangsversteigerungsverfahren nicht mehr übernehmen, nachdem er vorher in diesem Verfahren F im entgegengesetzten Interesse gedient hatte.

Der Umfang der anvertrauten Interessen, die die Grundlage für die Prüfung des Interessengegensatzes bilden, ist nicht selten verschieden zu beurteilen, je nachdem, ob die Interessen objectiv oder subjectiv bestimmt werden. Die Unterscheidung ist daher von wesentlicher Bedeutung. Beide Bestimmungsarten haben Anhänger; es in Literatur und Rechtsprechung bis zum BGH hinauf.¹⁾

Die Vertreter der objectiven Theorie²⁾ sehen alle die Interessen als anvertraut an, die aus dem mitgeteilten Sachverhalt jetzt oder in Zukunft objectiv entnommen werden können. Die Interessen beschränken sich daher nicht auf den einzelnen als Mandat übertragenen Anspruch im Angriff oder in der Abwehr. Steht nach dieser Theorie ein Anspruch in Frage, welcher einem Rechtsverhältnis, wie Ehe, Mieta oder einem anderen Dauerschuldverhältnis, dem Eigentum, Besitz oder Vermögen entspringt, so ist jeweils das ganze Lebens- bzw. Rechtsverhältnis, nicht nur der einzelne Anspruch daraus, anvertraut.³⁾

Die subjective Theorie⁴⁾ stellt es für den Interessengegensatz auf Inhalt und Umfang des mit dem Auftrag zur Auswertung

- 1) BGHSt 5 S. 301 (307) - NJW 1954 S. 727 u. OLG München in NJW 1950 S. 239 - für die subjective Theorie -
BGHSt 5 S. 284 ff - NJW 1954 S. 482 u. OLG Hamm in NJW 1955 S. 803 - JZ 1954 S. 296 - für die objective Theorie -
- 2) so u.a. Kalsbach Anw.Bl. 1954 S. 191, Sauer S. 521, Welzel in JZ 1954 S. 278, Geppert S. 71 ff.
- 3) Der hier angeschnittene Fragekreis wird bei dem Merkmal "derselben Rechtssache" noch ausführlich erörtert. An dieser Stelle soll deshalb die Erörterung auf das für die Erarbeitung des Begriffs des Interessengegensatzes Notwendige beschränkt bleiben.
- 4) Vertreter: Friedlaender, Ziffer 6 zu § 31 RAO, Noack Anm. 3 zu § 32 RAO, Roosen in JW 1938 S. 2660, Schoenke-Schroeder III b zu § 356, Edelman S. 57, Gnodtke S. 39, Laue S. 59 f, BGHSt 5 S. 301 (S. 307 ff), Kohlrausch-Lange III zu § 356, soweit die Interessen "verzichtbar" sind.
Die Annahme von Welzel in JZ 1954 S. 278 Anm. 10, Friedlaender habe in seiner Anm. zu RG in JW 1939 S. 1885 nicht die Interessen schlechthin in subjectivem Sinne ausgelegt wissen wollen, dürfte angesichts seiner Stellungnahme in Ziffer 6 zu § 31 RAO

entgegengebrachten Vertrauens und auf das Ziel ab, das nach dem Willen des Auftraggebers verfolgt werden soll. Der Wille des Erstauftraggebers ist, sofern er nicht eindeutig feststellbar ist, gemäss den §§ 133 und 157 BGB durch Auslegung zu ermitteln. Dasselbe gilt bezüglich des Auftrages der Zweitpartei, wenn ein solcher erteilt ist. Erst wenn so das von beiden Seiten anvertraute Interesse ermittelt ist, kann die Gegensätzlichkeit der Interessen geprüft werden. Ausgangspunkt der Prüfung ist immer das Ziel des Auftraggebers, das auch im Auftrag zum Ausdruck gekommen ist, soweit es eindeutig und auf einwandfreie Weise, d.h. nicht durch unzulässige Beeinflussung des Rechtsbestandes zustande gekommen ist, gleichgültig, ob das Ziel dem wohlverstandenen Interesse des Auftraggebers entspricht oder nicht.

In dem bereits ausführlich dargelegten vom BGH entschiedenen Fall¹⁾ hatte die des Meineides angeklagte Frau Ka. ihren Anwalt, der vorher den auf Grund ihrer Aussage verurteilten Sch. in einem Privatklageverfahren wegen Körperverletzung vertreten hatte, gebeten, keinen Freispruch sondern nur milde Strafe oder Einstellung auf Grund des Straffreiheitsgesetzes zu beantragen.

Da der Anwalt Frau Ka. nicht auf der Grundlage des Freispruches verteidigen sollte, ist der Interessengegensatz auch nur unter Zugrundelegung des beschränkten anvertrauten Interesses zu prüfen, unabhängig von der standesrechtlichen Frage, ob der Anwalt ein so beschränktes Mandat übernehmen durfte, wenn ein Freispruch durchaus noch im Bereich des Erreichbaren lag. Als das anvertraute Interesse kann nicht ein weiteres, objectives Interesse angesehen werden, das vom Standpunkt eines "vernünftigen" Menschen hätte anvertraut werden sollen, weil sonst das Institut der Verteidigung seines wahren Sinnes entzogen werde und der Rechtsanwalt seine Pflicht als Rechtspflegeorgan vernachlässige. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Rechtsanwalt als Rechtspflegeorgan im engeren Sinne anzusehen ist.²⁾ Dieses ist nicht unbestritten. Selbst wenn er Rechtspflegeorgan im engeren Sinne wäre, könnten aus dieser Eigenschaft für die Frage, ob der Interessengegensatz objectiv oder subjectiv zu bestimmen ist, keine Folgerungen gezogen werden, weil die Übernahme von Verteidigungen nicht auf die Rechtsanwälte und die Personen, die noch als Rechtspflegeorgane angesehen werden könnten, beschränkt ist. Die Frage, ob der Beschuldigte durch seinen Auftrag an den Anwalt, die Verteidigung nur im bestimmten Sinne unter Ausschluß

1) siehe S.88 f

2) siehe hierzu Peters § 29 IV 1-2 b und S.17 Fußnote.

des Freispruchs durchzuführen, die anvertrauten Interessen beschränken kann, steht nicht im unmittelbaren inneren Zusammenhang mit der Pflicht des Anwalts, alles dem Beschuldigten Günstige vorzutragen. Die Durchführung der Verteidigung beruht auf dem erteilten Mandat, dessen Umfang wie bei jedem anderen Mandat grundsätzlich durch den Auftraggeber bestimmt werden kann. Ob eine Begrenzung des Auftrages zweckmässig ist, ist eine Frage, die die Zulässigkeit der Beschränkung nicht berührt ebensowenig die Frage, ob die Annahme eines so beschränkten Mandats im Hinblick auf die wirklichen Interessen des Mandanten standesrechtlich verantwortbar ist. Das wirkliche, wohlverstandene Interesse kann nicht, wie schon im anderen Zusammenhang ausgeführt wurde, entgegen dem Willen des Auftraggebers den Umfang des anvertrauten Interesses bestimmen. Auch schafft die Berücksichtigung des wohlverstandenen Interesses entgegen der Ansicht des OLG Hamm¹⁾ nicht die angeblich zur Wahrung des Ansehens des Anwaltstandes gebotene sichere Abgrenzung des Pflichtenkreises. Die Verteidigung ist auch nicht in dem Sinne unmittelbar, daß sie sich stets auf die Wahrnehmung sämtlicher möglichen Rechte zu Gunsten des Beschuldigten erstrecken müßte. Dieses mag einer ethischen Pflicht entsprechen, berührt aber nicht die rechtliche Möglichkeit einer inhaltlichen Beschränkung der Verteidigung. Für den Interessengegensatz bleibt daher nur zu prüfen, ob das beschränkte anvertraute Interesse im Gegensatz zu dem vom Erstauftraggeber anvertrauten Interesse besteht.

Der Umfang der anvertrauten Interessen ist nicht immer leicht festzustellen. Vor allem fragt sich, ob der Umfang nicht nur nach der objectiven sondern auch nach der subjectiven Theorie im Einzelfall über den erteilten Auftrag hinausgehen kann.

Wenn der Rechtsbeistand Auftrag zur Verteidigung des eines Sittlichkeitsverbrechens angeklagten P. hat, so fragt sich, wenn zwischen P. und seinem Verteidiger nicht ohnehin schon die möglichen Folgen der Straftat nicht nur in strafrechtlicher Hinsicht, sondern auch im Hinblick auf die weiteren rechtlichen Auswirkungen besprochen worden und damit anvertraut sind, ob der Interessengegensatz nur im Bereich der möglichen rechtlichen Auswirkungen entstehen kann. Die Antwort kann nur vom Ziel, vom auslegungsfähigen Willen des Auftraggebers her gegeben werden. Anzunehmen ist, daß der Auftraggeber die anvertrauten Interessen jeweils soweit erstrecken wollte, wie dieses seiner wirklichen Interessenlage entsprach. Diese im Hinblick

1) in NJW 1955 S. 803 (804)

auf die wirklichen Interessen vorgenommene Auslegung des Auftrages des Auftraggebers steht nicht im Widerspruch zu früheren Ausführungen. Hier geht es um die Auslegung des Auftrages des Auftraggebers, in den vorhergehenden Fällen um die Berücksichtigung des wohlverstandenen Interesses entgegen dem ausdrücklich erklärten Willen des Auftraggebers.

Das Anvertrauen der strafrechtlichen Interessen an den Rechtsbeistand hat deshalb regelmässig auch eine doppelte Seite, einmal positiv als Verteidiger des Angeklagten tätig zu werden, sodann alles zu unterlassen, was dem Angeklagten zum Nachteil aus der Straftat gereichen könne (negatives Spiegelbild). Diese negative Seite beschränkt sich daher nicht auf die rein strafrechtliche Seite. Wenn also der Anwalt, der den P. wegen Sittlichkeitsverbrechens verteidigt hat, später die Ehefrau P. in dem Scheidungsprozess, der auf das Sittlichkeitsverbrechen gestützt ist, vertritt, so hat der Rechtsanwalt damit die Straftat zum Nachteil des P. ausgewertet und mangels ausdrücklicher Beschränkung des Interesses auf das Strafverfahren entgegengesetzte Interessen vertreten.¹⁾

Geht dagegen der Ehescheidungsprozess der Frau P. abschliessend dem Strafverfahren voraus, so liegt in der nachfolgenden Verteidigung des P. keine Vertretung von Interessen, die denen der Frau P. entgegengesetzt waren, denn das Interesse der Frau P. beschränkte sich offensichtlich auf die Verwertbarkeit der Straftat in dem Scheidungsprozess, erstreckte sich aber nicht auf die Bestrafung des P. als solche. Eine sorgfältige Prüfung der wirklichen Interessen des Mandanten ist daher in einem solchen Falle geboten.

Beschränkte Frau P. bei der Erteilung des Auftrags zur Vertretung im Ehescheidungsprozess ihr Interesse dahingehend, daß sie nichts gegen eine Verteidigung ihres Ehemannes durch ihren Anwalt einzuwenden habe, so entfielen schon aus diesem Grunde entgegengesetzte Interessen, mochte das Eheverfahren bei Aufnahme der Verteidigertätigkeit für P. abgeschlossen sein

1) ebenso EHGbrZ I, S. 2. Der Rechtsbeistand hatte in einer Strafsache wegen Schwarzschlachtung den C. verteidigt und in dem zu derselben Zeit schwebenden Ehescheidungsstreit, der u. a. auf die Schwarzschlachtung als Scheidungsgrund gestützt war, die Ehefrau gegen ihren Ehemann vertreten, ebenso EGHbeZ Bd. I, S. 105 f. Die Verteidigung des wegen Unterschlagung zum Nachteil der Stadtwerke angeklagten früheren Angestellten der Stadtwerke u. die spätere Vertretung der Stadtwerke in dem Verfahren wegen Sicherung der Schadensersatzansprüche stellt die Vertretung entgegengesetzter Interessen dar. Auf das Geständnis des D. kommt es für den Gegensatz nicht an.

oder nicht.

Die vom Oberlandesgericht Hamm vertretene Auffassung¹⁾, daß sowohl nach der objectiven wie subjectiven Theorie widerstreitende Interessen vorlägen, dürfte, soweit die subjective Theorie in Frage kommt, nicht ausreichend begründet sein. Auf die Unterscheidung, ob P. seinem Rechtsbeistand nur ein beschränktes Interesse nämlich das der Verteidigung wegen Sittlichkeitsverbrechens auf der Grundlage einer milden Bestrafung oder auch des Freispruchs anvertraut hatte, kann es nach beiden Theorien nicht ankommen. Die Scheidungsklage konnte auf das inzwischen rechtskräftig abgeschlossene Strafverfahren - ein mögliches Gnadenverfahren soll unberücksichtigt bleiben - keinen Einfluß mehr ausüben. Das Interesse des P. konnte also zu der Zeit, als der Anwalt seiner Ehefrau diente, entgegen dem OLG nicht mehr auf Freispruch oder milde Bestrafung gerichtet sein. Das OLG Hamm nimmt nun für die Beurteilung nach der subjectiven Theorie - ohne darauf hinzuweisen - eine Änderung der Interessenlage vor, indem es jetzt nicht mehr den Freispruch oder die milde Bestrafung sondern die milde Beurteilung der Tat inner- und ausserhalb des Strafverfahrens als das subjectiv anvertraute Interesse ansieht. Hatte P. seinem Anwalt aber nur das Interesse auf milde Bestrafung anvertraut, so ist mit den Gründen des OLG Hamm der Interessengegensatz nicht zu beweisen, denn das anvertraute Interesse war mit der Beendigung des Strafverfahrens erledigt. Die Umdeutung des Interesses von der milden Bestrafung auf eine milde Beurteilung auch ausserhalb des Strafverfahrens erscheint auch deshalb nicht angängig, weil das OLG Hamm nicht zu der Frage Stellung genommen hat, ob und warum nach der subjectiven Theorie auch ein ausserstrafrechtliches Interesse mit anvertraut sein soll, wenn der Auftrag sich auf die Verteidigung beschränkte. Eine sinnvolle Behandlung des Interessengegensatzes erscheint nur mit der hier zuvor gegebenen Begründung nach der subjectiven Theorie möglich. Es kommt danach nicht darauf an, ob P. freigesprochen oder nur milde bestraft werden will oder das Strafverfahren bei Übernahme der Scheidungssache bereits abgeschlossen war oder nicht.

Wird die Ehefrau P. in dem Scheidungsprozess, der auf das Sittlichkeitsverbrechen gestützt ist, von einem anderen Anwalt vertreten, übernimmt der Anwalt des P. aber die Vertretung der Frau P. in einem dem Scheidungsprozess nachfolgenden Unterhalts- oder Sorgerechtsverfahren, so ist eine Erstreckung der

1) in NJW 1955 S. 803 (804)

von P. anvertrauten Interessen auch auf diese Verfahren, die nur eine Auswirkung des vorangegangenen Scheidungsprozesses sind, weil sie ohne dasselbe nicht möglich wären, nicht anzunehmen. Durch die Vertretung der Frau P. in dem Nachfolgeverfahren hat der Anwalt die Straftat des P. nicht zu seinem Nachteil ausgewertet.¹⁾ Wenn auch die rechtlichen Auswirkungen des Strafverfahrens mangels ausdrücklicher gegenteiliger Bestimmung als Teil der anvertrauten Interessen anzusehen sind, so können aber doch nur solche rechtlichen Auswirkungen als mitanvertraut gelten, die voraussehbar waren und unmittelbar aus der Straftat bei der Verurteilung hergeleitet werden. Es können aber nicht eingegriffen sein Verfahren, die ihrerseits erst eine rechtliche Auswirkung eines unmittelbar aus der Straftat abgeleiteten Verfahrens sind. Die gegenteilige Ansicht müßte dazu führen, daß alle weiteren Verfahren und sonstigen rechtlichen Auswirkungen ausserhalb eines Verfahrens, die nicht unmittelbar aus der Straftat sondern erst aus einem abgeleiteten Verfahren möglicherweise nach mehreren Zwischengliedern hergeleitet werden, für die die Straftat aber eine *conditio sine qua non* bildet, im Interessengegensatz der anvertrauten Straftat ständen. Die Vertretung der geschiedenen Ehefrau P. im Sorgerechts- oder Unterhaltsverfahren kann daher keine Vertretung entgegengesetzter Interessen sein. Etwas anderes müßte jedoch gelten, wenn auch die möglichen Folgen der Straftat mit dem Anwalt besprochen wurden, weil dann weitergehende Interessen anvertraut wurden. Es kommt deshalb stets darauf an, was dem Anwalt im Einzelfall an Interessen anvertraut worden ist, mag auch die Feststellung dieser Interessen im Einzelfall nicht leicht sein.

Dieselben Grundsätze gelten, wenn der Anwalt den Dieb oder Nehler verteidigt und anschliessend den geschädigten Eigentümer zivilrechtlich gegen den Täter vertritt.²⁾ Regelmässig ist also mit der Straftat auch das zivilrechtliche Interesse gegenüber dem geschädigten Eigentümer mit anvertraut. Macht der Anwalt dagegen zunächst abschliessend Schadensersatzansprüche für den geschädigten Eigentümer geltend, so liegt mangels anderen ausdrücklich erklärten Willens des Eigentümers in der nachträglichen Verteidigung des Täters keine Vertretung entgegengesetzter Interessen.³⁾

1) vergl. Alsberg Anm. zu RG in JW 1926 S. 1570

2) Beispiel bei Haferland S. 77/78

3) A.A. Geppert S. 73 f. Der zur Begründung des Interessengegensatzes nach objektiven Gesichtspunkten gegebene Hinweis auf den zivilrechtlichen Gegensatz zieht nicht, da nach Erhalt des Schuldtitels das Strafverfahren den zivilrechtlichen Anspruch nicht mehr berührt

Diese Unterscheidung mag gekünstelt erscheinen. Sie dürfte aber gerechtfertigt sein, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es immer darauf ankommt, ob durch die Vertretung des Zweitauftraggebers konkrete Interessen des Erstauftraggebers berührt werden, die dieser dem Anwalt ausdrücklich oder den Umständen nach mit anvertraut hatte.

Die anvertrauten Interessen erstrecken sich regelmässig auf die zivilrechtlichen Folgen, wenn aus einer strafbaren Handlung ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch erwächst. Die Interessenwiderstreit ist aber zu verneinen, wenn die zivilrechtliche Forderung auch unabhängig von der Straftat besteht. Täuscht z.B. B. den A. bei einem Kaufvertrag über seine Zahlungsfähigkeit und -willigkeit, so besteht der Anspruch auf den Kaufpreis auch unabhängig davon, ob B. wegen Betruges verurteilt wird. Wenn der Anwalt also nach der Verteidigung des B. den Kaufpreisanspruch für A. geltend macht, so vertritt er kein entgegengesetztes Interesse. Anders läge dagegen der Fall, wenn A. nunmehr auf Grund der Täuschung von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen und den verkauften Gegenstand herausverlangen oder eine Schadensersatzforderung geltend machen würde, denn dann macht er ein Recht geltend, das erst durch die Straftat entstanden ist.

Die Frage, ob und wieweit sich im Einzelfall die anvertrauten Interessen über den ausdrücklich erteilten Auftrag hinaus erstrecken, hat seine Bedeutung aber nicht nur im Verhältnis der Straftat zu den zivilrechtlichen Folgen, sondern auf allen Rechtsgebieten, in denen Interessengegensätze auftreten können. Immer kommt es darauf an, inwieweit nach dem erkennbarem oder mittels Auslegung ermittelten vernünftigen Willen des Auftraggebers rechtliche Interessen anvertraut werden sollten.

Wenn der Anwalt für X. wegen einer Forderung gegen Y. einen Schuldtitel erworben und bei Y. hat pfänden lassen, so vertritt er als Bevollmächtigter der Ehefrau Y. in dem Interventionsprozess entgegengesetzte Interessen.¹¹ Es kann hierbei keinen Unterschied ausmachen, ob die Intervenientin die Ehefrau Y. oder ein Dritter, Z., ist, ob der Auftrag an den Anwalt sich auf die Erwirkung des Schuldtitels, auf die Vertretung in nur einer Instanz oder sogar nur in einem Teil einer Instanz erstreckte. Das Interesse des X. geht auf Befriedigung wegen seiner Forderung, nicht nur auf den im Einzelfall gepfändeten Gegenstand. Diesem Interesse handelt der Anwalt zuwider, wenn er durch Ver-

11) Beispiel von Kalsbach Anw.Bf. 1954 S. 190, vergl. auch ECH Bd. 7 S. 78 Nr. 22

tretung des Intervenienten die Befriedigung seiner Forderung in Frage stellt oder ~~erschwert~~. Auch wer nur ein formelles Recht wie das des X., hier das durch Hoheitsakt erwirkte Pfandrecht bestreitet, steht im Interessengegensatz.

Wenn Rechtsanwalt X. aus abgetretenem Recht des B. für A. gegen C. auf Zahlung klagt, so kann er nachher nicht den B. mehr als Zedenten in dem Rechtsstreit gegen A. auf Feststellung der Nichtigkeit der Zession vertreten.¹⁾ Das Ziel des A. ist die Durchsetzung des abgetretenen Anspruchs. Diesem Ziel arbeitet B. durch seine Feststellungsklage entgegen.

Für den Interessengegensatz kommt es nicht entscheidend darauf an, ob dieser sich im Prozeß auch formell durch Stellung entgegengesetzter Anträge nach aussen kundtut. Eine solche Kundgabe wäre auch nur innerhalb desselben Prozesses möglich. Der Interessengegensatz kann aber auch in zwei äusserlich voneinander unabhängigen Prozessen auftreten, wenn entweder die sich aus den Anträgen ergebenden Ziele einander entgegengesetzt sind oder zur Begründung und Abwehr von Ansprüchen in beiden Prozessen vorgetragene Tatsachen jeweils im entgegengesetztem Sinne rechtlich gewürdigt werden.

So werden entgegengesetzte Interessen vertreten, wenn die zur Begründung eines Unterhaltsanspruchs für die Ehefrau C. vorgetragenen Tatsachen ganz oder zum Teil später in einer für den Ehemann C. eingereichten Ehescheidungsklage im entgegengesetzten Interesse gewürdigt werden.²⁾ Eine Würdigung von Tatsachen im entgegengesetzten Sinne liegt stets vor, wenn dieselben Tatsachen zur Begründung oder Abwehr von einander entgegengesetzten Ansprüchen vorgetragen werden, mag auch die Bedeutung der Tatsachen von der einen oder anderen Partei nicht richtig erkannt sein. Eine interessante Entscheidung des EGH mag dieses verdeutlichen.

In dem entschiedenen Falle³⁾ hatte Rechtsanwalt X. zunächst den Akzeptanten E. eines Wechsels, der für eine Restschuld aus dem Kauf eines gebrauchten PKW von D. unvollständig ausgestellt war, im Arrestverfahren wegen einer aus dem Verkauf des PKW angeblich herrührenden Schadensersatzforderung gegen D. vertreten. Später hatte er die Interessen der Firma C., an welche der von E. akzeptierte Wechsel von D. indossiert war, gegen E. vertreten. Die Firma C. mußte sich die Einwendungen

1) so EGH Bd. 8 S. 170

2) so Bayer. EGH Bd. II S. 63

3) Bayer. EGH Bd. II S. 217

des E. gegen D. entgegenhalten lassen, weil sie erst durch die bis dahin fehlende Unterschriftsleistung als Aussteller den Wechsel vervollständigt hatte. In dem Arrestverfahren hatte X. zur Begründung der Schadensersatzforderung gegen D. einen Betrug des D. behauptet, in der Wechselklage der Firma C. mußte X., um die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung aus Schadensersatz des E. gegen D. zu Fall zu bringen, den Betrug des D. in Abrede stellen. Für den Interessengegensatz kommt es nicht darauf an, ob die Firma C. richtig erkannt hatte, daß sie sich sämtliche Einwendungen des E. gegen den Zedenten D. entgegenhalten lassen mußte. Durch die spätere Wahrnehmung der Interessen der Firma C. vertrat X. immer entgegengesetzte Interessen.

Ähnlich wie bisher ist die Fragestellung, wenn es sich nicht darum handelt, ob und wieweit nicht ausdrücklich genannte Interessen als mitanvertraut anzusehen sind sondern darum festzustellen, was der eigentliche Gegenstand des anvertrauten Interesses ist. Wenn der Anwalt als Vertreter des X. gegen Y. auf Herausgabe einer Sache gemäss § 985 BGB klagt, dürften die anvertrauten Interessen in der Erlangung und Bewahrung des Eigentums an der Sache bis zum Zeitpunkt der Herausgabe liegen. Die Geltendmachung eines Pfandrechts an der gleichen Sache für einen Dritten Z. gegen X., das bereits im Zeitpunkt der Klage gegen Y. bestanden haben soll, würde sich gegen das Ziel richten, daß X. mit der Herausgabeklage gegen Y. erreichen wollte, nämlich der ungestörten Besitzerlangung. Der Anwalt würde also mit der nachfolgenden Vertretung des Z. widerstreitende Interessen vertreten.

Nach denselben Gesichtspunkten ist zu entscheiden, wenn der Anwalt für A. gegen B. einen Prozess wegen Anfechtung einer Vermögensübertragung erfolgreich führt und später im Auftrage des C. gegen A. hinsichtlich eines auch auf B. übertragen gewesenen Gegenstandes mit der Begründung vorgeht, diesen Gegenstand habe A. dem C. bereits vor der Übertragung an B. geschenkt. Hier liegen widerstreitende Interessen vor, weil das Ziel des C. sich auf einen Gegenstand richtet, den gerade A. von B. zu Eigenbesitz heraushaben wollte. Auf die verschiedenartige rechtliche Begründung der Ansprüche kommt es für den Interessengegensatz nicht an.

Das anvertraute Interesse als Grundlage des Interessengegensatzes setzt voraus, daß es sich um ein rechtlich geschütztes Interesse handelt. Dasselbe darf also nicht wegen Sittenwidrig-

keit, Schikane und dergleichen rechtlich mißbilligt sein.¹⁾

Unabhängig von der Frage, ob und inwieweit über den unmittelbar geltend gemachten Anspruch im Angriff oder Abwehr einschließlich Verteidigung hinaus ein rechtliches Interesse anvertraut ist, ist immer die Frage, welches rechtliche Interesse sich aus einem mitgeteilten Sachverhalt unmittelbar ergibt. Dieses ist, falls es nicht eindeutig zu erkennen ist, durch Auslegung zu ermitteln. Wenn der Mandant seinem Rechtsbeistand die Regelung seines gesamten Schuldenwesens anvertraut, so vertraut er ihm damit alle rechtlichen Beziehungen an, die in Verbindung mit seinen Schulden entstanden sind oder noch entstehen können. Der Anwalt vertritt dann widerstreitende Interessen, wenn er auch nur die Interessen eines einzigen Gläubigers gegen den Schuldner wahrnimmt.²⁾ Je mehr rechtliche Interessen in Angriff oder Abwehr sich aus dem mitgeteilten Sachverhalt herleiten lassen, desto umfangreicher ist im Zweifel auch der Kreis der anvertrauten Interessen. Ist aber nur ein Einzelanspruch aus einem Rechtsverhältnis wie Miete, Gesellschaftsvertrag, Dienstvertrag oder einem anderen Schuldverhältnis wie z.B. die Geltendmachung einer Monatsmiete oder eines Monatsgehalts dem Rechtsbeistand durch den Vermieter bzw. Dienstherrn anvertraut worden, so ist regelmässig anzunehmen, daß die Beratung des Mieters bzw. Arbeitnehmers wegen eines anderen Anspruchs aus dem Rechtsverhältnis, z.B. wegen einer Räumungs- oder Kündigungsschutzsache keine Vertretung widerstreitender Interessen ist. Dieses ist selbst dann bei zwei Räumungsklagen gegen denselben Mieter anzunehmen, wenn die erste Klage ausschliesslich auf § 3 MSchG, im zweiten Falle ausschliesslich auf § 2 oder 4 MSchG gestützt ist. Wird jedoch das Rechtsverhältnis nicht nur in einer einzelnen Beziehung sondern auf Grund der mitgeteilten Tatsachen in seinem ganzen Bestande erfasst, wie dieses regelmässig bei der Ehe, die als einheitliches nicht teilbares Lebensverhältnis anzusehen ist, der Fall ist, so ist das Rechtsverhältnis im ganzen anvertraut. Es kommt dann nicht mehr darauf an, ob Tatsachen des ersten Eheprozesses auch im zweiten Eheprozess vorgetragen werden z.B. ob der Wurf mit einem Teller, auf den die erste Ehescheidungsklage massgeblich gestützt war, im zweiten Ehescheidungsprozess, in dem der Anwalt den Gegenpartner des ersten Prozesses vertrat, vorgebracht wird.³⁾ Nur insoweit kön-

1) so OLG München in NJW 1950 S. 239

2) so RGSt 23 S. 60 (67)

3) so BGHSt 9 S. 341 (346 f) - NJW 1956 S. 1687 f.

nen auch Tatsachen, die der Anwalt noch nicht kennt, als anvertraut gelten.¹⁾ Solange es sich um dieselbe Ehe handelt, werden widerstreitende Interessen vertreten, wenn der Anwalt in dem ersten Eheprozess den einen Ehepartner vertreten oder beraten hat und in dem zweiten Eheprozess nun den anderen Partner vertritt oder berät, mag auch zwischen den beiden Prozessen ein längerer Zeitraum liegen.

Für die Frage, inwieweit der Rechtsbeistand rechtliche Interessen übernommen hat, die der Prüfung des Interessengegensatzes zugrunde zu legen sind, können die nach aussen abgegebenen Erklärungen des Rechtsbeistandes dann nicht maßgebend sein, wenn das tatsächliche Verhalten des Rechtsbeistandes im Widerspruch zu seinen abgegebenen Erklärungen steht und dieser Widerspruch auch von ihm erkannt wurde. Wenn also der Rechtsbeistand erklärte, nur ein beschränktes Interesse übernehmen zu wollen, er aber tatsächlich in der Folgezeit bewußt ein weitergehendes Interesse vertrat, das auch dem Willen des Auftraggebers entsprach, so kann nur dieses weitergehende Interesse bei der Prüfung des Interessengegensatzes berücksichtigt werden.

So hatte der Anwalt in einer Strafsache²⁾ wegen Ausstreuerung von Giftweizen in einem Hühnerhof das Mandat zwar gegen Wolfgang K. nicht aber gegen dessen Vater, Wilhelm K., der in erster Linie der Straftat verdächtig war, übernommen. Der BGH erklärt, daß es zwar vom Willen des Anwalts abhinge, wieweit er das Mandat übernehme, nicht aber wieweit sich der Streitstoff erstrecke. Dieses ist richtig. Das dem Anwalt anvertraute Interesse konnte sich aber sehr wohl auf die Person des Wolfgang K. beschränken,³⁾ mochte eine solche Beschränkung auch im hohen Maße standeswidrig sein, weil sie den wirklichen Interessen des Mandanten, die doch auf Ermittlung des wirklichen Täters, sei es Wolfgang oder Wilhelm K. gingen, nicht gerecht wurde. Wenn der Anwalt das Mandat nur auf Wolfgang K. beschränkt übernommen hat, kann der Interessengegensatz auch nur bezüglich dessen Person geprüft werden.

Die entscheidende Frage aber ist, ob der Anwalt, obwohl er angeblich nur das Mandat gegen Wolfgang K. übernommen hatte, nicht auch bewußt das weitergehende Interesse gegen Wilhelm K. vertrat, wofür nicht nur die Überschrift sondern auch der Inhalt der im Auftrage des Mandanten an die Ermittlungsbehörde gericht-

1) so BGHSt a.a.O. S. 345

2) BGH 5 StR 639/52 U.v. 11.12.1952

3) siehe hierzu S. 167

teten Beschwerdeschrift sprach, zumal der Inhalt, für den Anwalt klar erkennbar, gar nicht beschränkt auf die Person des Wolfgang K. verwertet werden konnte. In diesem Falle wäre nur scheinbar ein auf die Person des Wolfgang K. beschränktes, in Wirklichkeit aber auch auf Wilhelm K. erweitertes Interesse anvertraut und wahrgenommen worden, das auch inhaltlich dem Willen des Auftraggebers entsprach. Wäre das Interesse vertraglich bewußt auf die Person des Wolfgang K. beschränkt worden, so ist kaum anzunehmen, daß diese Beschränkung ohne unzulässige Beeinflussung durch den Anwalt zustande gekommen ist, da sich auch der Auftraggeber sagen mußte, daß angesichts des in erster Linie gegen Wilhelm K. bestehenden, ihm auch bekannten, Verdachts einer Beschränkung auf die Person des minderverdächtigen Wolfgang K. sinnwidrig wäre. Ist aber die Einschränkung des anvertrauten Interesses durch unzulässige Beeinflussung des Anwalts zustande gekommen, so ist bei der Prüfung des Interessengegensatzes das weitergehende wirkliche Interesse des Auftraggebers zugrunde zu legen.

Mögliche Interessengegensätze sind besonders anschaulich, wenn der Beklagte des ersten Prozesses zugleich Kläger des zweiten Prozesses ist.

A. vertreten durch Rechtsanwalt X., klagt z.B. gegen B. auf Zahlung eines Betrages. In einem hiervon unabhängigen Prozeß klagt B. gegen C. letzterer vertreten durch Rechtsanwalt X. ebenfalls auf Zahlung eines Betrages. Es liegt kein Interessengegensatz zwischen A. und C. vor, auch dann nicht, wenn X. für A. auf Grund obsiegenden Urteils gegen B. dessen angebliche Forderung gegen C. pfändet, da die rechtliche Position des B. gegenüber C. hierdurch nicht berührt wird. Erst wenn A., vertreten durch Rechtsanwalt X., zugunsten des B. gegen C. tätig wird, entsteht ein Interessengegensatz zu C.

Vertritt X. nicht den C. sondern den B. in dem zweiten Prozeß und pfändet er nun für A. die angebliche Forderung des B. gegen C., so dient X. dem A. nunmehr als Cegner des B. im entgegengesetzten Interesse. Das gleiche gilt z.B., wenn C. nach seiner Verurteilung an X. als Vertreter des B. zahlt und A. auf einen Wink des X. oder durch diesen das Geld bei X. pfänden und an sich überweisen läßt. X. macht sich aber nicht strafbar, wenn B. mit dem Vorgehen des A. einverstanden ist und er den X. beauftragt hat, weil er im Hinblick auf seine Schuld ge-

gegenüber A. annahm, daß X. sich für die Durchsetzung seiner Forderung gegenüber C., die zur Befriedigung des A. dienen sollte, besonders einsetzen würde.

Es zeigt sich auch hier, daß der Kreis der Interessengegner auch über die Personen des ursprünglichen Prozesses hinausgreifen kann. Interessengegner ist jeder, der ein dem Interesse des Erstauftraggebers entgegengesetztes Interesse vertritt, gleichgültig, wann und in welcher Form dieses geschieht. Nicht der Mandant sondern ausschliesslich das von ihm vertretene Interesse bewirkt den Interessengegensatz.¹⁾ So bleibt auch der Interessengegensatz bestehen, wenn der Gegner des Erstauftraggebers stirbt und sein Erbe in den Prozess eintritt. Der Rechtsbeistand macht sich strafbar, wenn er nunmehr die Rechte des Erben gegen seinen ursprünglichen Auftraggeber in irgendeiner Form wahrnehmen würde, selbst wenn er diesem im Zeitpunkt der Wahrnehmung der Rechte des Erben nicht mehr gedient hätte.

Für Kalsbach²⁾ gibt es keine Begrenzung durch den Willen des Auftraggebers, weil der für den Begriff "derselben Rechtssache" seiner Ansicht nach erforderliche weitgespannte Rahmen desselben Tatsachenkomplexes auch für den Interessengegensatz maßgebend sein muß. Ganz abgesehen davon, ob das Merkmal des Interessengegensatzes hinsichtlich seiner Ausdehnung dem "derselben Rechtssache" entsprechen muß, bedarf der vielfach von der Rechtsprechung und auch von Kalsbach angenommene weitgespannte Begriff "derselben Rechtssache" einer einschränkenden Auslegung,³⁾ so daß auch aus diesem Grunde die mit Kalsbach nach der objectiven Theorie vorgenommene weite Auslegung des Merkmals des Interessengegensatzes nicht erforderlich ist.

Auch die Strafbarkeit des patrociniū successivum läßt sich entgegen Kalsbach⁴⁾ mit Hilfe der subjectiven Theorie durchaus erklären. Der Wille des Auftraggebers ist nicht in jedem Falle nur aus den ausdrücklich abgegebenen Erklärungen zu entnehmen. Als Wille des Auftraggebers hat im Wege der ergänzenden Auslegung auch das zu gelten, was der Auftraggeber vom Rechtsbeistand als selbstverständlich erwarten durfte, weil es allgemein anerkannten rechtlichen Grundsätzen entspricht. So wird eine Partei ihrem Rechtsbeistand wohl kaum im voraus erklären, sie erwarte.

1) Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 506 und Riffel S. 43 erklären, daß nicht die Person des Mandanten sondern die Rechtssache die Bindung bewirke.

2) "Standesrecht" . 387

3) s.S. 143 f.

4) Anw.Bl. 1954 S. 191

daß er bis zur endgültigen Erledigung der Rechtssache, nicht nur bis zum Mandatsende ihr die Treue halte, mithin keine entgegen-gesetzten Interessen vertrete. Der Rechtsbeistand müßte eine solche Erklärung auch als kränkend empfinden. Neben dem Erklären gilt daher stets der mutmaßliche Wille des Auftraggebers. Dieser ist zwar von objectiven Gesichtspunkten abhängig, weil eine ergänzende Auslegung, von Ausnahmen abgesehen, immer nur das berücksichtigen kann, was eine vernünftige Person in der Lage des Auftraggebers gewollt haben würde. Diese objectiven Belange sind jedoch immer nur zur ergänzenden Auslegung des Willens des Auftraggebers soweit heranzuziehen, wie aus dem erteilten Auftrag nichts Gegenteiliges zu entnehmen ist.

Das OLG Hamm¹⁾ will den subjectiven Standpunkt nur soweit gelten lassen, wie das anvertraute Interesse beschränkbar sei. Wieweit eine solche Beschränkung möglich sei, sagt das OLG aber nicht. Eine solche Beschränkung aber ist, wie schon gesagt, stets möglich, mag sie auch unvernünftig und standeswidrig sein, wenn sie nur auf lautere Weise zustande gekommen ist. Wenn der subjective Standpunkt maßgebend ist, kann eine Beschränkung der anvertrauten Interessen nicht da ausgeschlossen sein, wo vom objectiven Standpunkt aus gesehen vernünftigerweise die Beschränkung nicht vorgenommen wäre. Richtig ist allerdings, wie auch der BGH betont, daß eine nachträgliche Beschränkung der einmal übertragenen Interessen strafrechtlich bedeutungslos ist, sofern, was hinzuzufügen ist, bereits ein Dienen für die Gegenpartei stattgefunden hat.

Mit der Heranziehung des wohlverstandenen Interesses als Ergänzung des nicht klar in der Begrenzung erkennbaren Willens des Auftraggebers wird der subjective Charakter der Interessenbestimmung nicht in Frage gezogen. Die Vertreter der objectiven Theorie können die Interessen auch nicht in jedem Falle rein objectiv bestimmen, nämlich da nicht, wo der Wille des Auftraggebers in einer bestimmten Begrenzung eindeutig feststeht und dementsprechend auch nach aussen in Erscheinung tritt. So hat auch das RG²⁾ schon subjective Elemente in den angeblich nur nach objectiven Gesichtspunkten zu bestimmenden Interessengegensatz eingeführt, wenn es auf das Ziel der verfolgten Begehren abstellt. Es geht aber nicht an, einmal den aus dem Auftrag ersichtlichen Willen der Partei, das andere Mal den mit dem Auftrag nicht übereinstimmenden anvertrauten Tatsachen-

1) in NJW 1955 S. 803

2) RGSt 60 S. 302 (305)

komplex der Prüfung des Interessengegensatzes zugrunde zu legen. Das erste soll dann gelten, wenn der Schutz des Treueanspruchs im Vordergrund steht, das zweite, wenn es um den Schutz der Gradlinigkeit in der Rechtspflege geht. Da der Treueanspruch nach Kalsbach¹⁾ und dem BGH²⁾ gegenüber dem Schutz der Gradlinigkeit in der Rechtspflege bzw. dem öffentlichen Interesse an der Lauterkeit des Anwaltsstandes völlig zurücktritt, dürfte er auch bei der Prüfung des Interessengegensatzes keine Rolle spielen. Es ist deshalb nicht folgerichtig, wenn Kalsbach³⁾ der die Interessen auch im subjectiven Sinne bestimmenden Entscheidung des BGH vom 10.3.1955 mit der Begründung beipflichtet, es sei der Auftrag und die dadurch gekennzeichnete Interessenlage, die dem Tätigwerden des Rechtsanwalts die Richtung gebe.

Die Berücksichtigung einmal der durch das Ziel des Auftraggebers gekennzeichneten Interessenlage und das andere Mal des mit dem Auftrag anvertrauten Tatsachenkomplexes, der die Begrenzung für die Rechtssache bilden kann, aber nicht zu bilden braucht, hat aber abgesehen davon, daß aus grundsätzlichen Erwägungen der Interessengegensatz stets nur in gleicher Weise festgestellt werden kann, eine erhebliche Unsicherheit in der Rechtsanwendung zur Folge. Es ist nicht klar, wann die Interessen in diesem oder jenem Sinne zu bestimmen sind. Auch bei Kalsbach finden sich keine klaren Richtlinien in dieser Hinsicht.

Die objective Interessenlage bleibt die gleiche, auch wenn ein subjectives gemeinsames Interesse hinzutritt. Nur mittels der subjectiven Theorie ist daher auch das Schwinden des Interessengegensatzes bei gemeinsam oder unabhängig voneinander beiderseitig erteiltem Auftrag zum Versuch eines friedlichen Ausgleichs in einem Rechtsstreit oder bei gemeinsamem Vorgehen gegenüber einem Dritten unter Zurückstellung des Interessengegensatzes untereinander einwandfrei zu erklären. Der Wille und das Ziel des Auftraggebers als Grundlagen der Prüfung des Interessengegensatzes entsprechen auch dem geschützten Rechtsgut, dem Treueanspruch des Mandanten. Wären stets die wirklichen, in dem mitgeteilten Sachverhalt gelegenen, Interessen für die Bestimmung des Interessengegensatzes maßgebend, so würden für die Prüfung des Gegensatzes nicht selten Interessen zugrunde gelegt, die nicht verfolgt werden sollten, sei es, daß an sie nicht gedacht wurde, sei es, daß sie bewußt fallengelassen

1) "Standesrecht" S. 389

2) BGH 4 StR 381/54 U.v. 24.3.55

3) a.a.O. S. 388

wurden. Der Schutz für den Mandanten nicht existenter Interessen würde auf eine Art "Entmündigung" desselben herauslaufen. Der Schutz des § 356 kann nicht weiter gehen, als der Mandant auf Grund seiner Zielsetzung selbst wünscht.¹⁾ Auch ein weitergehendes Bedürfnis der Rechtspflege ist nicht anzuerkennen. Nur mittels der subjectiven Theorie erfährt das Problem des Interessengegensatzes eine gerechte Lösung, da sich der Gegensatz aufbauend auf dem Willen der Partei nach dem Inhalt und Umfang des Auftrages richtet. Es mag sein, daß sich nach der objectiven Theorie in Einzelfällen eine leichtere und sichere Abgrenzung finden läßt. Hierauf kommt es aber nicht an, da der Wille des Auftraggebers, wie auch das geschützte Rechtsgut zeigt, maßgebend und deshalb auch der Bestimmung der anvertrauten Interessen und damit des Interessengegensatzes zugrunde zu legen ist.

Zu 4 "in derselben Rechtssache"

a) Begriffsentwicklung

Der Begriff der "Rechtssache" ist verschieden definiert worden, je nachdem, ob er isoliert oder im Zusammenhang mit dem Parteibegriff erläutert wurde.

Für sich genommen besagt der Begriff nichts weiter, als daß es sich um eine Angelegenheit handeln muss, die nach einer rechtlichen Ordnung, nach rechtlichen Bestimmungen geregelt wird.²⁾ Sauer³⁾ definiert die Rechtssache als eine Angelegenheit, die einer materiell-rechtlichen Entscheidung fähig ist.⁴⁾ Diese Definition geht aber bei isolierter Betrachtungsweise schon zu weit. Indessen geht der Begriff offensichtlich weiter als der des Rechtsstreits. Er schließt diesen wohl ein, beschränkt sich aber nicht auf ihn.⁵⁾ Rechtssachen kommen daher

- 1) ebenso CLG München in NJW 1950 S.239 Nr.24 vergl. auch Roesen in JW 1938 S.259, RGSt 60 S.298 (299) EGH 16 S.195 u. 21 S.137
- 2) so Decker S. 56, Früh S. 131, Cnodtke S. 17, Laue S. 21, Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 506, Noack S. 133, Riffel S. 82, Rothardt S. 17, Schönke-Schroeder III 1 zu § 356; ähnlich Wolff S. 95 "jede Sache, die als Gegenstand eines Verfahrens nach rechtlichen Gesichtspunkten gedacht werden kann" und Geppert S. 24 "jedes rechtlich erhebliche tatsächliche Verhältnis."
- 3) S. 521
- 4) Eine Vermögensverwaltung ist daher keine Rechtssache, so auch Weimar S. 34
- 5) Art. 115 CCC kannte noch die Beschränkung auf den Prozeß, vergl. Henke § 157 S. 89, Marezoll § 151 S. 463, Früh S. 131. Die Partikulargesetzbücher des 19. Jahrhds. kannten diese Beschränkung schon nicht mehr, vergl. RGSt 23 S. 60 (64), ebenso

überall dort vor, wo Angelegenheiten durch eine Rechtsordnung geregelt werden. Durch die Rechtsordnung werden Angelegenheiten, die nach ihr zu regeln sind, zu Rechtssachen. Damit steckt auch die Rechtsordnung den Rahmen ab, in dem Rechtssachen entstehen können.¹⁾ Die Rechtsordnung umfaßt aber das gesamte öffentliche und private Recht, die streitige und die freiwillige Gerichtsbarkeit.²⁾

Rechtliche Bedeutung für § 356 hat der Begriff durch die Forderung der Rechtssachenidentität. Es liegt auf der Hand, daß die Identität nicht in philosophisch-logischem Sinne einer völligen Sachgleichheit gemeint sein kann, weil eine völlig gleiche Sache jeden Interessenwiderstreit ausschließt. Mehrere rechtliche Angelegenheiten können aber in einer solchen engen Beziehung zueinanderstehen, daß sie im rechtlichen Sinne als Einheit, als "dieselbe Rechtssache" zu bezeichnen sind. Die enge Beziehung, die die Bezeichnung einer rechtlichen Einheit rechtfertigt, kann nur dann vorliegen, wenn die verschiedenen rechtlichen Angelegenheiten ihre Grundlage in demselben weitzufassenden Lebensvorgang haben. Aus demselben Lebensvorgang leiten die an ihm in irgendeiner Form beteiligten Personen verschiedene rechtliche Interessen ab und geraten dadurch in einen Interessengegensatz. Das eine Interesse kann weiter, umfassender als das andere sein. Die von mehreren Personen aus demselben Lebensvorgang abgeleiteten Interessen können sich aber auch nur auf einen Teil der in ihm enthaltenen rechtlichen Interessen beschränken. Stellt man sich den Lebensvorgang, der sämtliche möglichen rechtlichen Interessen enthält, in Form eines Kreises vor, so können die verschiedenen Interessen je nach ihrem Umfang den ganzen Kreis oder nur einen Teil desselben ausfüllen. Es kann auch sein, daß das eine beschränkte Interesse nur zum Teil seine Grundlage in demselben Lebensvorgang hat und daher zum Teil ausserhalb des Kreises liegt. Die Zahl der aus einem Lebensvorgang entspringenden Interessen, die also den Kreis ganz oder zum Teil ausfüllen, ist

1) Es geht nicht an, den Begriff auf den Wirkungskreis des Anwalts abzustellen, (so Ebner S. 36, Fries S. 34), da Rechtssachen auch da vorhanden sein können, wo Anwälte nicht auftreten dürfen, vergl. auch Wolff S. 95

Eine Beschränkung auf Ansprüche und Verbindlichkeiten, wie Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 505 und Früh S. 132 sie vorsehen, ist jedoch abzulehnen, da sie weder aus dem Wortlaut zu entnehmen ist, noch sich aus dem Zweck der Strafnorm ergibt; ebenso Gnodtke S. 27, Laue S. 21, Rothardt S. 17

2) so Binding II 2 S. 580, Kalsbach zu RG in JW 1934 S. 428

theoretisch unbeschränkt.¹⁾ Bei nur teilweiser Ausfüllung des Kreises ist nicht einmal erforderlich, daß die beschränkten Interessen dasselbe Stück des Kreises ausfüllen. Die entscheidende Frage, die auch zu erheblich verschiedenen Auffassungen geführt hat, ist nur, wann derselbe Lebensvorgang vorliegt und wie die auf ihm sich entwickelnden verschiedenen rechtlichen Interessen zu bestimmen sind.

Die bisherigen Ausführungen zeigen schon, daß die Rechtssache im Sinne des § 356 nicht ohne eine natürliche oder juristische Person denkbar ist, zu der die rechtliche Angelegenheit in Beziehung steht, "dieselbe Rechtssache" also mindestens zwei Personen voraussetzt, die an demselben Lebensvorgang mit entgegengesetzten rechtlichen Interessen beteiligt sind. Die rechtliche Einheit wird also durch Rückführung der verschiedenen rechtlichen Interessen auf denselben Lebensvorgang hergestellt. Es zeigt sich weiter, daß der Begriff "derselben Rechtssache" nicht ohne Merkmale des Parteibegriffs nämlich mehrerer Personen, die im Interessengegensatz stehen, auskommt. Da aber wiederum "dieselbe Rechtssache" Bestandteil des Parteibegriffs ist, Parteien also nur innerhalb derselben Rechtssache entstehen können, stehen die Merkmale, die den Inhalt beider Begriffe ausmachen, in einem auffälligen gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis.²⁾ "Dieselbe Rechtssache" liegt vor, wenn verschiedene entgegengesetzte Interessen aus demselben Lebensvorgang abgeleitet werden können. Der Parteibegriff setzt aber noch die Geltendmachung der entgegengesetzten Interessen voraus. Der Begriff "derselben Rechtssache" ist daher Bestandteil des Parteibegriffs und nicht umgekehrt der Parteibegriff Bestandteil "derselben Rechtssache".

Das wirkliche Verhältnis der beiden Merkmale zueinander ist in der Literatur, soweit erkennbar, niemals klar herausgestellt worden. Zum Teil dürfte dieses darauf zurückzuführen sein, daß der Begriff "dieselbe Rechtssache" als selbständiges Tatbestandsmerkmal aufgeführt ist, obwohl er Bestandteil des Parteibegriffs ist, zum anderen auch darauf, daß der Begriff "derselben Rechtssache" auf Elemente des Parteibegriffs angewiesen ist und für beide Begriffe die Ausgangslage dieselbe ist. Becker³⁾ drückt diese gegenseitige Abhängigkeit der beiden Begriffe so aus, daß die Identität der Rechtssache nur noch im Hinblick auf die rechtlich beteiligten Personen mit widerstreitenden Interessen geprüft werden könne.

1) An derselben Rechtssache können deshalb auch mehr als zwei Parteien beteiligt sein, so auch Früh S. 132

2) so Alsberg in Anm. zu RG in JW 1932 S. 3620

3) S. 28

bach erklärt¹⁾, daß erst die Gesamtheit der Erörterungen über den Interessengegensatz und die Pflichtwidrigkeit die Entscheidung ermögliche, ob von der Person des Auftraggebers her gesehen noch "dieselbe Rechtssache" vorliege.

Wie beim Begriff des Interessengegensatzes ist also auch für die Bestimmung des Begriffs "derselben Rechtssache" von den vom Auftraggeber anvertrauten Interessen auszugehen. Zu der "Rechtssache" werden sie dadurch, daß aus ihnen rechtliche Folgerungen gezogen werden, die im Mandat ihren Niederschlag finden. Erst der Vergleich dieser Interessen mit anderen vom gleichen Rechtsbeistand vertretenen Interessen ermöglicht die Feststellung, ob ein einheitlicher Lebensvorgang zugrunde liegt und damit "dieselbe Rechtssache" gegeben ist. Die entscheidende Frage lautet daher, wie bei der Bestimmung des Interessengegensatzes, ob sich Inhalt und Umfang der rechtlichen Interessen nach objectiven oder subjectiven Gesichtspunkten bestimmen. Vorweg ist jedoch zu prüfen, ob es sich um eine echte Fragestellung handelt oder ob die Bestimmung des Begriffs im subjectiven Sinne nicht schon dadurch festgelegt ist, daß "dieselbe Rechtssache" Bestandteil des Parteibegriffs ist und ein komplexer Begriff wie der der "Partei" nur einheitlich bestimmt werden kann.

b. "Rechtssache" und "dieselbe Rechtssache"
in der Rechtsprechung der oberen Gerichte.

Wegen der ausserordentlichen Bedeutung des Begriffs "derselben Rechtssache" für die gerichtliche Praxis empfiehlt es sich, zunächst nur die Entwicklung der Begriffe in der Rechtsprechung der oberen Gerichte in zeitlicher Reihenfolge darzulegen und zu erläutern und sich erst in einem weiteren Abschnitt unter Einbeziehung der Rechtslehre kritisch mit ihr auseinanderzusetzen.

Die wichtigsten, bereits im wesentlichen wiedergegebenen Gesichtspunkte zum Rechtssachenbegriff²⁾ enthält bereits eine frühe RG-Entscheidung unter Bezugnahme auf die Motive und die Rechtsprechung zu § 329 prStGB. Danach fallen darunter nicht nur contradictorische Rechtsangelegenheiten, sondern alle, bei welchen zwei

1) "Staudesrecht" S. 376

2) RG 22. 2. 60 (44 II) ; wie das RG Henke § 357, Heffter S. 321 f. Anm. 1 u. 2 zu § 404, Schütze S. 488, Oppenheff Note 3 zu § 329, a.A. Feuerbach-Mittermaier §§ 426, 427, Littmann § 498 S. 500 neuerdings auch Sauer S. 521 unter Hinweis auf das Anerkenntnisurteil und die Prozeßklage, weiter im Sinne des RG Meyer in III III S. 1016, Ehner S. 37, Frank Anm. 2 zu § 356, Schönke-Schroeder III 1 zu § 356, Welzel "Das Deutsche Strafrecht" § 76 VI 1a, RG in HRR 1935 Nr. 633, BGH 3 StR 73/55 U.v. 12.5.1955, OLG Hamm in NJW 1955, S. 803 u. Goltzdammer "Materialien" II S. 701.

ein entgegengesetztes Interesse verfolgende Parteien vorkommen können.¹⁾ Die "Rechtssache" ist also nicht in der formellen Beschränkung auf den einzelnen Rechtsstreit sondern in materieller Beziehung zu verstehen. Dieser Rechtssachenbegriff enthält also entgegen der hier vertretenen Auffassung den Begriff der Partei und des Interessengegensatzes.

Die Entscheidung besagt weiter, daß für die Frage, ob eine oder mehrere Rechtssachen vorliegen, der Gegenstand des dem Rechtsanwalt erteilten Mandates entscheidend ist.²⁾ Durch das Zusammenfassen mehrerer Rechtssachen in ein und dasselbe Mandat zu einem einheitlichen Zweck würden die einzelnen Rechtssachen materiell zu einer einzigen gestaltet. Der Umfang derselben Rechtssache wird hiernach durch den Umfang des erteilten Mandats bestimmt ohne Rücksicht darauf, wieviel formell trennbare rechtliche Interessen darin enthalten sind.

Die Gleichstellung mehrerer Rechtssachen im "natürlichen Sinne" und "derselben Rechtssache" im Sinne des § 356 bei gleichem Sachverhalt, wie sie die Entscheidung vorgenommen hat, ist wenig glücklich. Richtiger wäre es gewesen, anstatt von mehreren Rechtssachen von mehreren anvertrauten Angelegenheiten zu sprechen.

Die nächste Reichsgerichtsentscheidung zur Praevarication³⁾ bezieht auch Strafsachen in den Begriff der Rechtssachen ein.⁴⁾ Der Beschwerdeführer hatte die Strafsachen von den Rechtssachen ausschliessen wollen, weil das Strafrecht keine Parteien kenne. Mit der angegebenen Begründung hatte er den Parteibegriff als Bestandteil des Begriffs "derselben Rechtssache" angesehen.

1) Nach Wolff S. 95 soll es sich um eine tautologische Definition handeln, die sich - übrigens zu Unrecht - angeblich später nicht wiederfindet. Von einer Tautologie kann aber nicht die Rede sein, wenn auch die Definition wenig glücklich ist, da als "Rechtssache" nur ganz bestimmte Rechtsangelegenheiten (Rechtsangelegenheit ist dasselbe wie Rechtssache) bezeichnet werden. Der zu definierende Begriff taucht also in der Definition wieder auf.

2) ähnlich RGSt 60 S. 298 (299) u. 71 S. 231 (236). "Rechtssache ist der Kreis der dem Anwalt durch den Auftrag anvertrauten Interessen", ebenso RGSt 62 S. 289 (294), 66 S. 316 (320), BGHSt 3 S. 400 ff u. 2 StR 328/54 U.v. 11.1.55 u. 5 StR 153/56 U.v. 21.8.1956

3) RGSt 49 S. 342 (344)

4) so BGHSt 3 S. 400 f u. 5 StR 437/53 U.v. 26.1.54. Hiernach sind Strafsachen auch Rechtssachen, sofern nur mehrere Personen mit widerstrebenden rechtlichen Interessen beteiligt sind, BGHSt 5 S. 301 ff - NJW 1954 S. 727, ferner Frank II 1 zu § 356, Olshausen Anm. 31 zu § 356, Hälschner II S. 1083, Binding II 2 S. 582, Gerland S. 275 LK Note 4 zu § 356, Schwarz Note 3 zu § 356. Von den Älteren zählen Henke §157 S.83 Heffter S. 321 § 404 Anm. 1 die Strafsachen wohl nur im Hinblick auf den Staatsanwalt als Gegenpartei zu den Rechtssachen

Eine andere Definition der "Rechtssache" enthält eine Entscheidung aus 1917.¹⁾ Rechtssache ist jede Angelegenheit, die als Gegenstand eines bestimmten Verfahrens gedacht werden kann. Das RG definiert danach den Begriff der "Rechtssache" unterschiedlich, je nachdem, ob er ihn isoliert oder als Merkmal des § 356 beurteilt.

Eine gründliche Auseinandersetzung mit dem Begriff "derselben Rechtssache" findet sich im 60. Band der RG-Entscheidungen.²⁾ Das Tatbestandsmerkmal der "Rechtssache" wird unter Bezugnahme auf RGSt 23 S. 60 (64) als der Kreis der dem Anwalt durch den Auftrag anvertrauten Rechtsinteressen des Auftraggebers bezeichnet. Die Nachprüfung der in Bezug genommenen Entscheidung zeigt jedoch, daß der Begriff nicht in der aufgeführten Weise definiert ist. Für den Begriff "derselben Rechtssache" komme es im übrigen nicht auf die rechtliche Natur des den Gegenstand des Auftrages bildenden Anspruchs oder Interesses an. Der Auftrag könne den verschiedensten Rechtsgebieten angehörende Ansprüche und Interessen umfassen. Ihre rechtliche Art und Begründung sei für die Tatsache ihrer Zusammenfassung zu einem Gegenstand der Anvertrauung ohne Bedeutung.³⁾ Entscheidend sei die gedankliche Zusammenfassung zu einer Einheit. Soweit hier zwischen Ansprüchen und Interessen unterschieden wird, ist der Sinn der Unterscheidung jedoch nicht klar.

Erstmalig wird die weite, vielfach kritisierte, Auslegung des Begriffs deutlich, wenn erklärt wird, dass die Grundlage "derselben Rechtssache" das durch die Beziehung der Rechtsordnung auf den mit dem Auftrag anvertrauten Tatsachenkomplex bestimmte materielle Rechtsverhältnis sei,⁴⁾ gleichviel, wieviel Ansprüche daraus im Einzelfall hergeleitet würden, ob sie sich in ihrem Gegenstand, ihrer Begründung oder bezüglich der Person des Gegners unterschieden.⁵⁾ und ob es zur gerichtlichen Geltendmachung komme oder nicht. Dieses materielle Rechtsverhältnis, nicht aber der im Einzelfall eingeklagte Anspruch oder seine rechtliche Begründung bestimmten hiernach Inhalt und Umfang der Rechtssache.

ferner Meves in HH III S. 1016, Hugo Meyer, Note 25 zu § 356 u. Köhler S. 104 zählen, wie schon erwähnt, die Strafsachen zu den Rechtssachen nur soweit, wie das Institut der privaten Nebenklage reicht, da es im übrigen an Parteien fehle.

1) RG in LZ 1917 S. 1055

2) RGSt 60 S. 298 (299 ff.)

3) ebenso BGHSt 3 S. 400 f., Noack S. 133

4) ähnlich OLG Hamm in NJW 1955 S. 803 u. EGH Bd. 27 S. 160 (163)

5) so BGH 4 StR 616/54 U.v. 10.3.55 und 4 StR 762/53 U.v. 14.4.53 u. BGHSt 7 S. 261 f.

Sachlich ist dasselbe gemeint, wenn zum Ausdruck gebracht wird, daß es nicht auf den einzelnen Rechtsstreit, sondern auf denselben Streitstoff ankomme, auch wenn er in verschiedenen Prozessen verhandelt werde.

Das RG stellt es also darauf ab, ob die Rechtsgrundlage, das materielle Rechtsverhältnis, hier die uneheliche Vaterschaft, aus dem die einzelnen geltendgemachten Unterhaltsansprüche des unehelichen Kindes hergeleitet werden, dieselbe geblieben ist. Deswegen schliesse auch ein zwischenzeitlich abgeschlossener Prozeßvergleich, der durch die Klage aus § 323 ZPO beseitigt werden solle, um auf die ursprüngliche Rechtsgrundlage zurückgreifen zu können, nicht "dieselbe Rechtssache" aus.

Eine Schwenkung hinsichtlich der Begriffsbestimmung enthält jedoch eine andere Entscheidung desselben Strafsenats vom gleichen Tage.¹⁾ Zunächst wird noch unter scheinbarer Beibehaltung der bisherigen Begriffsbestimmung erklärt, daß "dieselbe Rechtssache" nicht gleichbedeutend sei mit der Gesamtheit der wirtschaftlichen richtiger wohl rechtlichen - Belange, die von dem Mandat des ersten Auftraggebers berührt würden, daß vielmehr die Identität des dem Auftrag zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses und der davon umfaßten materiell-rechtlichen Interessen entscheidend sei.²⁾ Ein Unterschied zu der bisherigen Definition liegt bis soweit nur darin, daß dem Auftrag ein weniger umfassendes Rechtsverhältnis zugrunde liegen kann als der bisher für maßgeblich erklärte anvertraute Tatsachenkomplex. Neu herausgestellt wird jedoch, daß der Gegenstand der Streitigkeiten ausschlaggebend durch Grundlage, Inhalt und Ziel des vom ersten Auftraggeber verfolgten Begehrens also durch subjective Elemente bestimmt werde. Die rein objective Grundlage wird verlassen. Nur so konnte das RG auch seine Ansicht stützen, daß der Streit um die Auslegung des zwischen den Brüdern B. am 6.7.1920 abgeschlossenen Vergleichs, auf den sich die Gegner des ersten Auftraggebers stützten, möglicherweise nur Kampfmittel aber nicht Endzweck sei, um auf die frühere Rechtsgrundlage vor Abschluß des Vergleichs zurückkehren zu können und dadurch die Identität des späteren Begehrens mit den früheren Zielen vor Abschluß des Vergleichs ganz oder teilweise feststellen zu können.

1) RGSt 60 S. 302 (303 ff.)

2) ähnlich RGSt 71 S. 221 (236), BGHSt 5 S. 301 (307) - NJW 1954 S. 727, OLG Hamm in NJW 1955 S. 803, RG in DJZ 1925 S. 1038, RGSt 60 S. 302 (304) und 62 S. 152 (156 f.).

Die nächste einschlägige Entscheidung¹⁾ stellt es wieder auf das materielle Rechtsverhältnis ab. aus dem der Anspruch des ersten Auftraggebers und der später nach Vergleichsabschluß entstandene Anspruch des Gegners hergeleitet werden, ohne daß es auf das Hinzutreten neuer Tatsachen wie die zwischenzeitliche vergleichsweise Regelung der ersten Prozeßsache ankomme. Weiter wird erörtert die bereits behandelte Frage des patrocinium successivum, wieweit sich also die Treuepflicht des Rechtsbeistandes erstreckt. Diese Frage ist aber nicht nur bedeutsam für das zeitliche Ende der Praevaricationsmöglichkeit sondern ebenso sehr für die äusserlich damit zusammenhängende Frage nach dem Umfang "derselben Rechtssache". Das RG hält ausnahmsweise eine Beendigung der Rechtssache mit der Erledigung des Auftrags für möglich,²⁾ wenn damit auch die betreffende Rechtssache zu bestehen aufgehört hat. Dieses sei z.B. anzunehmen, wenn nur das Zustandekommen eines auf rechnerischer Grundlage ermittelten Vergleichsvorschlages an die Gläubiger ohne Anvertrauung des sachlich-rechtlichen Verhältnisses der einzelnen Forderungen in Frage komme. Diese im Hinblick auf das Ende der "Rechtssache" vorgenommene Einschränkung ist später³⁾ für bedenklich erklärt, aber sachlich nicht widerlegt worden.

Cüppers⁴⁾ und nicht ganz klar -Maurach⁵⁾ sind der Ansicht, daß der Begriff "derselben Rechtssache" durch RGSt 71 S. 236 eine Einschränkung erfahren habe, indem die Rechtssache auf den Kreis der dem Anwalt durch den Auftrag anvertrauten Rechtsinteressen beschränkt worden sei. Es fragt sich jedoch, ob vor allem gegenüber der Entscheidung im 60. Band⁶⁾, die es auf das dem Auftrag zugrunde liegende Rechtsverhältnis abstellt, wirklich in jedem Fall eine Beschränkung auf die mit dem Auftrag anvertrauten Rechtsinteressen beabsichtigt war. Möglicherweise sollte nur gesagt werden, daß auch der Umfang der durch den Auftrag anvertrauten Interes-

1) RGSt 62 S. 152 (156); ähnlich RG in HHR 1937 Nr. 537. Für Umfang und Inhalt "derselben Rechtssache" sei das durch den Auftrag bestimmte Rechtsverhältnis und der Kreis der in ihm wurzelnden Interessen maßgeblich, ohne Rücksicht darauf, ob ein Wechsel in der Person des Gegners oder des im Einzelfall eingeklagten Anspruchs erfolge. Hier wird ganz deutlich, daß nicht der Auftrag, der den Umfang der geltendzumachenden Ansprüche bestimmt, sondern unabhängig davon das in dem mitgeteilten Sachverhalt wurzelnde materielle Rechtsverhältnis die Identität bestimmt.

2) RGSt 66 S. 103 (104f)

3) vergl. BGH 3 StR 73/55 U. v. 12. 5. 55 u. 4 StR 762/53 U. v. 16. 7. 53, LK Note 7 zu § 356

4) Anm. zu OLG München in NJW 1950 S. 238 f Nr. 24

5) Bes. T. § 82 VII 2a vergl. auch Mühlmann-Bommel, Note 5 zu § 356

6) RGSt 60 S. 302 (304)

sen für den Inhalt des materiellen Rechtsverhältnisses von Bedeutung sein könne.

Wohl die weitgehendste Definition enthält eine Reichsgerichtsentscheidung aus 1937.¹⁾ Danach umfaßt "dieselbe Rechtssache" die Gesamtheit der bei einem Sachverhalt rechtlich in Betracht kommenden Tatsachen und Interessen, auch wenn diese in verschiedenen Verfahren behandelt werden.²⁾ Teilweise gleiche, eingeführte Tatsachen in zwei sonst ganz verschiedenen Prozessen führen danach schon zur Annahme "derselben Rechtssache". Roesen³⁾ drückt wohl denselben Gedanken so aus, daß die ganze Beziehung des ganzen Tatbestandes zur ganzen Rechtsordnung maßgebend sei. Dieser Umfang sei der normale. Gegenüber dieser weiten Auslegung des Begriffs durch das RG beschränkt aber eine Entscheidung des OLG München⁴⁾ den Begriff ausschließlich auf den Kreis der durch den Auftrag anvertrauten Interessen.

Der BGH folgt im wesentlichen den vorgezeichneten Wegen des RG. In zwei Entscheidungen⁵⁾ hat er die Ehe als einheitliches Lebens- und zugleich Rechtsverhältnis angesehen. Immer wenn die Ehe irgendwie in Betracht stehe, sei sie als Ganzes anvertraut und bilde so "dieselbe Rechtssache".

Das BGH-Urteil vom 16.7.1953⁶⁾ enthält sachlich dieselbe weitgehende Definition wie die RG-Entscheidung in JW 1937 S. 2964, jedoch in diesem Falle nicht vom Standpunkt des ersten sondern des zweiten Auftraggebers her gesehen. Nicht die verschiedene Art und Begründung der Interessen und Ansprüche sondern die gedankliche Zusammenfassung zu einem einheitlichen Gegenstand der Anvertrauung sei maßgebend. "Dieselbe Rechtssache" liege vor, wenn der zweite Auftraggeber an dem dem Rechtsbeistand vom ersten Auftraggeber anvertrauten Streitstoff ein irgendwie geartetes rechtliches Interesse habe.⁷⁾ Die an demselben Streitstoff in demselben oder verschiedenen Verfahren Beteiligten brauchten nicht einmal von demselben Rechtsbeistand betreut zu sein. Offensichtlich ist

1) in JW 1937 S. 2964 Nr. 5

2) Die gleiche weite Auslegung gibt dem Begriff der EGH, vergl. hierzu Roesen "Der Parteiverrat in der Rechtsprechung des Ehrengerichtshofs" in JW 1938 S. 2659, ebenso BGHSt 5 S. 301 (304) u. 7 S. 261 ff, 4StR 616/54 U.v. 10.3.55, 4 StR 402/55 U.v. 24.11.55, OLG Hamm in NJW 1955 S. 803, ebenso Ziffer 29 der "Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs".

3) in JW 1938 S. 649 "Der Parteiverrat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts".

4) in NJW 1950 S. 239 Nr. 24

5) BGHSt 4 S. 80 ff u. BGHSt 9 S. 341 (345 f)

6) BGH 3 StR 252/53 - BGHSt 3 S. 400 ff

7) BGH 5 StR 639/52 U.v. 11.12.1952, BGHSt 7 S. 261 ff u. 5 StR 437/53 U.v. 26.1.54.

hier mit Streitstoff dasselbe wie die anvertraute Angelegenheit gemeint.

Eine Erweiterung des Begriffs "derselben Rechtssache" im Hinblick auf Strafsachen enthält das Urteil vom 4.2.1954.¹⁾ In diesem Falle hatte der BGH erklärt, daß an dem Strafverfahren wegen vorsätzlich falscher uneidlicher Aussage nicht nur tatsächlich sondern auch rechtlich derjenige beteiligt sei, der auf Grund der Aussage verurteilt und damit Verletzter im Sinne des § 61 Nr. 2 StPO sei. Während bisher der Verletzte im Strafverfahren nur dann als Beteiligter angesehen wurde, wenn er wenigstens eine Strafanzeige erstattet hatte, nimmt der BGH das Vorliegen einer rechtlichen Beteiligung hier schon deshalb an, weil durch das Strafverfahren die rechtliche Beurteilung des Wiederaufnahmeverfahrens beeinflußt werden könnte.

Es fällt auf, daß das Merkmal "derselben Rechtssache" nicht von den zunächst anvertrauten Interessen, der Verurteilung des Sch. wegen Körperverletzung und der Einreichung des Wiederaufnahmeantrages her geprüft wird, zu denen dann das nachfolgende Strafverfahren wegen falscher Aussage in Beziehung hätte gesetzt werden müssen, sondern daß das letzte Geschehnis, das Strafverfahren, als Ausgangslage der Identitätsprüfung genommen wird, zu dem dann die früheren Geschehen, Verurteilung und Wiederaufnahmeantrag, in Beziehung gesetzt werden. Die Frage kann aber richtigerweise nur lauten, ob die spätere Verteidigung der wegen angeblich falscher Aussagen angeklagten Ka. den Wiederaufnahmeantrag beeinflussen konnte. Dieses ist grundsätzlich bei uneingeschränkter Verteidigung zu bejahen. Die Verteidigung richtet sich unmittelbar gegen das in dem Wiederaufnahmeantrag vertretene Interesse. Wiederaufnahmeantrag und Verteidigung bilden daher, falls die letzte uneingeschränkt erfolgt, "dieselbe Rechtssache".

Das Urteil vom 11.1.1955²⁾ stellt es für die Frage des Umfangs "derselben Rechtssache" darauf ab, wieweit sich auf Grund des Auftrages nach dem Willen des Auftraggebers die anwaltliche Treuepflicht erstrecken sollte. Das Urteil schließt sich inhaltlich, auch ohne ausdrückliche Bezugnahme, an die RG-Entscheidung Band 60 Seite 305 an, die hinsichtlich des Gegenstandes der Rechtssache (der Streitigkeiten) auf Grundlage, Inhalt und Ziel des verfolgten Begehrens, mithin auf den Willen des Auftraggebers abgestellt war. Hier fließen also wieder subjective Elemente in die Bestimmungsgrundlage des Rechtsachenbegriffs.

1) BGHSt 5 S. 301 ff - NJW 1954 S. 727

2) BGH 2 StR 328/54

Derselbe vierte Strafsenat, der das im Hinblick auf die subjective Bestimmung des Interessengegensatzes bedeutsame Urteil gefällt hatte, stellt sich in einem späteren Urteil vom 10.3.1955 als es um die Frage ging, ob mit dem Verteidigungsauftrag auch der mit dem anvertrauten Sachverhalt zusammenhängenden Schadensersatzsprüche mit anvertraut seien, auf den Standpunkt, daß es für den Umfang der Rechtssache nicht auf den im Einzelfall geltend gemachten Angriffs- oder Verteidigungsgrund sondern auf den Inhalt des dem Anwalt durch die Auftragserteilung in Bezug auf die rechtliche Auswertung eines Tatsachenkomplexes entgegengebrachten Vertrauens ankomme.²⁾ Die These des BGH könnte so ausgelegt werden, als ob der Nachdruck auf den Worten "entgegengebrachten Vertrauens" liege, für den Rechtssachenbegriff also der Umfang des durch die Auftragserteilung in Bezug auf den Tatsachenkomplex entgegengebrachten Vertrauens entscheidend sei und nicht mehr der Kreis in dem anvertrauten Tatsachenkomplex wurzelnden möglichen rechtlichen Interessen. Ob der BGH mit seiner Definition aber wirklich die Rechtssachenidentität in jedem Fall subjectiv bestimmt haben will, ist aus der Definition mangels weiterer Anhaltspunkte nicht mit Sicherheit zu entnehmen.

Die Entscheidung des BGH vom 12.5.1955³⁾ stellt es für den Begriff der "Rechtssache" auf die in einem Auftrag anvertrauten Interessen ab. Inhalt und Umfang des Auftrages, nicht die rechtliche Natur des einzelnen Anspruchs seien für den Rechtssachenbegriff maßgebend. Indessen zeigt die nachfolgende Darstellung des entschiedenen Falles, daß der BGH sich bei Prüfung der Rechtssachenidentität nicht einmal an seine aufgestellte Definition gehalten hat.

In der angezogenen Entscheidung hatte der Rechtsbeistand von einem gewissen L. den Auftrag erhalten, mit seinen Gläubigern zwecks eines Zahlungsaufschubs zu verhandeln. Zu diesen gehörte auch eine Frau N., welche gegen L. wegen einer Restschuld aus dem Kauf eines Kraftwagens einen Zahlungs- u. Vollstreckungsbefehl erwirkt hatte. In Vollmacht des L. zog der Rechtsbeistand den Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl zurück. Ungeklärt ist, ob und wie weit der Rechtsbeistand in das dem Zahlungs- u. Vollstreckungsbefehl zu Grunde liegende Rechtsverhältnis eingeweiht war.

1) BGH 4 StR 616/54

2) ähnlich RG in DR 1939 S. 714 Nr. 9. Das Vertrauen beschränke sich im Strafverfahren nicht auf die Bestreitung des Verschuldens, es sei umfassend.

3) BGH 3 StR 73/55

Später legte er das Mandat des L. nieder. Einige Zeit darauf erhielt er von der N. den Auftrag, gegen den Altmetallwarenhändler H., an den L. den Kraftwagen noch vor völliger Tilgung seiner Schuld bei der N. veräußert hatte, wegen Herausgabe des Kraftwagens oder Zahlung des Restkaufpreises vorzugehen. Diesen Auftrag führte der Rechtsbeistand aus. Auch wies er die N. darauf hin, daß L. sich durch die Weiterveräußerung an H. einer Unterschlagung schuldig gemacht habe und empfahl eine Strafanzeige. Die von ihm entworfene Strafanzeige wurde aber versehentlich durch einen Angestellten des Rechtsbeistandes zur Post aufgegeben.

Der BGH stellt es für die Rechtssachenidentität darauf ab, was dem Rechtsbeistand mit dem Auftrag der Einspruchsrücknahme von dem zugrunde liegenden sachlich-rechtlichen Verhältnis anvertraut war. Auch ohne daß dieses ausdrücklich gesagt ist, ist dem Urteil zu entnehmen, daß die spätere Tätigkeit des Rechtsbeistandes für die N. nicht "dieselbe Rechtssache" betroffen hätte, wenn er von L. nur den Auftrag zur Einspruchsrücknahme ohne Einweihung in das sachlich-rechtliche Verhältnis erhalten hätte, da sich dann die Rechtssache mit der Rücknahme des Einspruchs erledigt hätte. Auf den Versuch, für L. einen allgemeinen Zahlungsaufschub zu erwirken, kann es in diesem Zusammenhang nicht ankommen, es sei denn, daß L. seinem Rechtsbeistand zugleich mit dem Auftrag der Erwirkung eines Zahlungsaufschubes auch den gesamten Schuldenbestand als solchen anvertraut hätte.

Der BGH nimmt nun "dieselbe Rechtssache" hinsichtlich der Tätigkeit des Rechtsbeistandes für die N. an, wenn er vorher von L. in den dem Mahnverfahren zu Grunde liegenden Sachverhalt eingeweiht worden wäre. Ist aber entsprechend der Definition des BGH der Inhalt und Umfang des Auftrages maßgebend, so kann die Tätigkeit für die N. nicht "dieselbe Rechtssache" betreffen, denn mit dem Erstauftrag, der Einspruchsrücknahme, hatte das Vorgehen gegen H. und die Beratung der N. im Hinblick auf H. nichts zu tun. Diese erfolgte nicht in der alten Richtung auf Durchsetzung des Zahlungsanspruchs gegen L. sondern nur im Hinblick auf den nachträglich eingetretenen neuen Sachverhalt, nämlich den strafbaren Verkauf des Kraftwagens an H. Ist der Auftrag maßgebend, so kommt es nicht darauf an, daß das Vorgehen gegen H. und die Beratung der N. im Hinblick auf H. seine Grundlage in dem Verkauf des Kraftwagens an L. hatte, die dem Rechtsbeistand anvertraut war, sondern ausschliesslich auf das, was Gegenstand des Mandats war,

Legt man dagegen dem Rechtssachenbegriff die vom BGH überwiegend vertretene weite Definition nach der objectiven Theorie zugrunde, so betrifft schon der Auftrag gegenüber H. allein, auch ohne Berücksichtigung der Beratung der N., "dieselbe Rechtssache". Diese weite Definition wollte aber der BGH seiner Entscheidung nicht zugrunde legen.

Nach der subjectiven Theorie kommt es für die Rechtssachenidentität darauf an, wieweit der Rechtsbeistand in das dem Mahnverfahren zugrunde liegende materiell rechtliche Verhältnis eingeweiht war, sich also seine Treupflicht erstrecken sollte. Beschränkte sich der Auftrag ausschliesslich auf die Erwirkung eines allgemeinen Zahlungsaufschubs und die Einspruchrücknahme ohne Einweihung in das zugrunde liegende materiell-rechtliche Verhältnis, so bezieht sich die spätere Vertretung der N. auch nicht auf "dieselbe Rechtssache", da es sich dann nicht mehr um denselben Auftrag handelte.

Wenn in den entschiedenen Fällen der Auftrag dem im Einzelfall geltend gemachten Anspruch gegenübergestellt wird, so geschieht dieses deshalb, um darzutun, daß es auf den Auftrag, nicht auf die rechtliche Natur des einzelnen Anspruchs ankommt. Dieses ändert aber nichts an der Tatsache, daß der Auftrag für den Rechtssachenbegriff als maßgeblich erklärt wird. In einem Teil der BGH-Entscheidungen wird aber einmal der Auftrag und das aus ihm resultierende Vertrauen, in einem anderen Teil der in dem mitgeteilten Sachverhalt objectiv liegende Interessenkreis für den Begriff als maßgeblich erklärt. Einmal findet die Rechtssachenidentität ihre Begrenzung in dem im Auftrag sich niederschlagenden Vertrauen, das andere Mal geht der Begriff erheblich darüber hinaus. Es zeigt sich somit, daß die Rechtsprechung zum Begriff "derselben Rechtssache" alles andere als einheitlich ist.

c) Die Rechtslehre zum Begriff "derselben Rechtssache"

aa. Allgemeines

Wohl die weitgehendste Definition des Begriffs "derselben Rechtssache" stammt von Alsberg.¹⁾ Danach soll "dieselbe Rechtssache" schon gegeben sein, wenn zwischen verschiedenen Rechtsmaterien eine derartige Beziehung besteht, daß die eine sich zum Nachteil der anderen auswirken kann. So nimmt Alsberg an, daß im Falle der vor allem für den Parteibegriff ausserordentlich wichtig

1) bei der kritischen Besprechung der RG-Entscheidung im 66. Bd. S. 316 ff in JW 1932 S. 3620 Nr. 15

gen, bereits ausführlich besprochenen, Entscheidung des RG im 66. Band "dieselbe Rechtssache" gegeben ist, weil die Vertretung des Dr. H. und des K. sich untereinander und zum Nachteil der Eheleute T. auswirken könnten. Es würde zu weit gehen, den praktischen Konsequenzen dieser Definition im einzelnen nachzugehen. Jedenfalls wird das Unbehagen bei der ohnehin zum Teil erheblichen Ausdehnung des Begriffs durch die oberen Gerichte nach der objectiven Theorie nur noch grösser.

Bereits in einer "Denkschrift des Deutschen Anwaltsvereins zum Entwurf eines Strafgesetzbuches"¹⁾ war gegen die weite Fassung des Merkmals "dieselbe Rechtssache" Stellung genommen und darauf hingewiesen worden, daß ein Rechtsanwalt, wenn er irgend einmal vertretend, beratend oder auch nur anhörend mitgewirkt habe, in keinem späteren Zeitpunkt, auch wenn inzwischen das Rechtsverhältnis sich durch Vergleich oder sonstige Tatsachen umgestaltet habe, für irgendjemand tätig werden dürfe, dessen Interessen nunmehr mit denen des früheren Klienten im Widerspruch stehen könnten, gleichviel, ob ein Nachteil für den früheren Klienten entstanden ist oder entstehen kann und ob er sich in seinem Vertrauen getäuscht fühlt. Cüppers²⁾ schrieb unter Bezugnahme auf die reichsgerichtliche Definition der Rechtssache als Rechtsverhältnis in seiner Gesamtheit mit allen seinen rechtlichen Ausstrahlungen von einer drakonisch anzusprechenden Auslegung des Begriffs.

Die Meinungen des Schrifttums zur Ausdehnung des Merkmals sind geteilt. Während besonders Kalsbach,³⁾ Früh,⁴⁾ Fries⁵⁾, Haferland⁶⁾, Laue,⁷⁾ Maurach⁸⁾, Weimar,⁹⁾ Welzel,¹⁰⁾ Wolff¹¹⁾ und der Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte¹²⁾ für die weite Auffassung eintreten, halten andere wie z.B. Meves¹³⁾, Cüppers,¹⁴⁾ Decker¹⁵⁾, Gnodtke¹⁶⁾,

1) in JW 1929 S. 985 (986)

2) in NJW 1947 S. 4 (7)

3) in "Standesrecht" S. 371 ff.

4) S. 139

5) S. 42

6) S. 77

7) S. 23 f

8) Bes.T. § 82 VII 2 a

9) S. 35

10) "Das Deutsche Strafrecht" § 75 VI 1 a

11) S. 103

12) in EGH 32 S. 12 (13), vergl. auch Roesen "Der Parteiverrat in der Rechtssprechung des EGH" in JW 1938 S. 2659

13) in HH III S. 1017. Er vertritt die engste Auslegung. Die "Rechtssache" ist nur der einzelne Rechtsstreit, jedoch bilden sämtliche Instanzen eine Einheit

14) Anm. zu OLG München in NJW 50 S. 239 u. Kom. zur RA0brZ 49 S. 62

15) S. 70

16) S. 30 ff.

Roesen¹⁾ und Schönke-Schroeder²⁾ eine Einengung für geboten.

Der Gegensatz der Auffassungen dürfte zu einem wesentlichen Teil auf den Gegensatz in der Frage des geschützten Rechtsguts zurückzuführen sein. Ist der Treueanspruch des Mandanten das allein oder in erster Linie geschützte Rechtsgut, so muß auch der Begriff subjectiv ausgelegt werden. Er darf dann nicht weiterreichen, als der Mandant die Treue beansprucht. Ist aber der Nachdruck auf die Gradlinigkeit der Rechtspflege³⁾ oder die Integrität und Lauterkeit des Anwaltstandes zu legen, soll also durch die Strafnorm verhindert werden, daß der dem Rechtsbeistand anvertraute Tatsachenkomplex sich in irgendeiner Form zum Nachteil des Erstauftraggebers auswirken kann, so kann der Treueanspruch keine Begrenzung für den Begriff abgeben. Mangels anderer klarer Begrenzungsmöglichkeiten müßte alles, was dem anvertrauten Tatsachenkomplex an rechtlichen Interessen entnommen werden kann, zu "derselben Rechtssache" erklärt werden. Diese weite Auslegung führt aber dazu, daß unter § 356 Fälle gebracht werden, die keinen kriminellen Unrechtsgehalt aufweisen, also weder einen Vertrauensbruch noch eine Schadenszufügung oder das Tragen auf zwei Schultern beinhalten.⁴⁾ Es kommt hinzu, daß die den Begriffen "Parteien" und "dieselbe Rechtssache" zugrunde liegende gleiche Ausgangslage, nämlich der durch den Auftraggeber anvertraute Tatsachenkomplex, nicht eine verschiedene Auslegung der Begriffe duldet, je nachdem er für die Prüfung des Interessengegensatzes als Hauptbestandteil des Parteibegriffs oder für "dieselbe Rechtssache" Verwendung findet.

Die enge Verbindung der beiden Begriffe zeigen auch die Ausführungen des BGH über das besonders gestaltete Eheverfahren in den Urteilen vom 16.7.1953⁵⁾ und vom 21.8.1956.⁶⁾ Dieselben Ausführungen sollen dazu dienen nachzuweisen, daß die Ehe als solche stets als dieselbe "Rechtssache" anzusehen ist und in einem Eheverfahren regelmässig entgegengesetzte Interessen vertreten werden.

1) in JW 1938 S. 649 f.

2) III 2 zu § 356

3) In seiner Abhandlung für die Strafrechtskommission der Deutschen Rechtsanwaltskammern "Zur Neugestaltung des § 356 StGB" betont Kalsbach, daß der erteilte Auftrag entscheidend für den Umfang der anvertrauten Interessen sei. Diesen auch de lege ferenda richtigen Ansatz schränkt er jedoch dahin ein, daß bei der Auslegung auch die Notwendigkeit, die gerade Linie in der Rechtspflege beizubehalten, zu berücksichtigen sei.

4) so Klefisch in LZ 1926 S. 779 rechte Spalte.

5) BGH 3 StR 252/52

6) BGHSt 9 S. 341 (345 ff)

Nur die subjective Auslegung des Begriffs "derselben Rechts-sache" führt zu billigen Ergebnissen, die dem Charakter des Delikts als Parteiverrat entsprechen.¹⁾ Keineswegs hat sie eine, den Bedürfnissen der Praxis widersprechende, zu enge Begriffsbestimmung zur Folge.

Die subjective Bestimmung bedingt keineswegs eine Beschränkung des Begriffs auf den erteilten Auftrag. Dieses würde nämlich vielfach eine Beschränkung des Begriffs auf den konkreten Rechtsstreit bedeuten. Die Notwendigkeit dieser Beschränkung wird zwar betont besonders von Decker²⁾, Friedlaender³⁾ und Högrefe⁴⁾. Der Umfang "derselben Rechtssache" wird aber auch vom subjectiven Standpunkt aus nicht ausschliesslich durch den erteilten Auftrag, sondern ebensosehr durch das ~~hinter den~~ Auftrag stehende Ziel des Mandanten bestimmt, soweit dieses im Auftrag zum Ausdruck gekommen ist.

Ansatzpunkte zu einer eingeschränkten Auslegung finden sich bei Becker⁵⁾. Die einheitliche Rechtssache im Sinne des § 356 ist nach ihm, was nach dem Inhalt des zwischen Partei und Anwalt geschlossenen Anwaltsvertrages Gegenstand der Tätigkeit des Anwalts sein soll. Ebner⁶⁾ erklärt, die Rechtssache umfasse entsprechend der übernommenen Aufgabe die gesamte Tätigkeit, die unmittelbar oder mittelbar auf eine Herbeiführung des vom Anwalt zu erstrebenden Rechtserfolges ausgehe.

Das erstrebte Ziel selbst ist, falls es aus dem Auftrag nicht klar ersichtlich ist, zum Schutze des Auftraggebers weit zu fassen. Es hat, soweit Strafsachen und andere Rechtsangelegenheiten, die sich zum Nachteil des sich Anvertrauenden auswirken können, in Frage kommen, nicht nur eine positive sondern auch eine negative Seite, die letzte in der Form eines beabsichtigten Schutzes vor einer nachteiligen Auswertung der anvertrauten Angelegenheit. Was im Einzelfall das aus dem Auftrag zu entnehmende erstrebte Ziel ist, bedarf sorgfältiger Prüfung nach allgemeinen Auslegungsregeln. Die "Rechtssache" wird also begrenzt durch den formellen Auftrag, soweit nicht aus dem Inhalt des Auftrags im Zusammenhang mit den anvertrauten Angelegenheiten ein weitergehendes Ziel erkennbar ist, das dann die

1) ähnlich Binding II S. 580 "Die Einheit der Rechtssache bestimmt sich durchaus im Sinne der Partei, die dem Rechtsbeistand das Mandat übertragen hat."

2) S. 70

3) Note 11 zu § 31 RAO

4) In einer Abhandlung für die Strafrechtskommission der Deutschen Rechtsanwaltskammern.

5) S. 27/28

die Begrenzung bildet. Mag auch die objective Theorie in der Abgrenzung des Begriffs vielleicht eindeutiger sein, weil der Inhalt und Umfang des Auftrags bzw. das erstrebte Ziel nicht immer klar erkennbar sind, so muß es doch bei der subjectiven Bestimmung bleiben, weil nur sie dem maßgebenden Willen des Mandanten entspricht, dessen Interessen durch § 356 geschützt werden sollen.

Die Darlegung sämtlicher Möglichkeiten, wann "dieselbe Rechtssache" gegeben ist, ist ausgeschlossen. Es kann sich immer nur darum handeln, einige typische Fälle herauszugreifen und daran den Unterschied der Auslegung des Begriffs nach der objectiven und subjectiven Theorie darzulegen. Ausschlaggebend für die Begriffsbestimmung sind immer die Umstände des Einzelfalls, soweit sie für den Willen des Auftraggebers, für das erstreckte Ziel, von Bedeutung sind.

Haben also zwei Personen dem Rechtsbeistand nur ihr gemeinsames Interesse gegenüber einem Dritten oder untereinander anvertraut, so ist nur eine Rechtssache aber nicht "dieselbe Rechtssache" gegeben, da letztere zwei sich ganz oder teilweise überschneidende Vorgänge voraussetzt. Liegt dagegen kein gemeinschaftlicher sondern nur ein einseitiger Auftrag vor, so ist je nach dem Inhalt des Auftrages und dem Ziel des Mandanten "dieselbe Rechtssache" enger oder weiter zu bestimmen.

Wird dem Rechtsbeistand nur eine einzelne Forderung zur gerichtlichen Geltendmachung anvertraut, so beschränkt sich zwar die Rechtssache auf diese Forderung.¹⁾ Ziel des Auftraggebers ist aber mangels anderer ausdrücklicher Willensbestimmung nicht nur die gerichtliche Geltendmachung sondern auch die zwangsweise Einziehung der Forderung, für die die Erwirkung eines Urteils nur die Voraussetzung ist. "Dieselbe Rechtssache" umfaßt also die gerichtliche Geltendmachung für sämtliche Instanzen und die gesamte Zwangsvollstreckung, gleichviel ob nun eine Beratung wegen der Forderung, eine Vertretung in einem Termin oder in sämtlichen Instanzen stattgefunden hat.²⁾ Der Rechtsbeistand ist also nicht nur gehindert, den Gegner im gerichtlichen Verfahren sondern auch in der Zwangsvollstreckung zu vertreten.³⁾ Zu der letzten rechnen nicht nur die Drittwiderspruchsklagen, gleichgültig ob sie von dem Ehepartner des ursprünglichen

1) so auch Fröh S. 139

2) so auch RG in JW 1929 S. 1885 Nr. 15

3) so Kalsbach "Standesrecht" S. 387, ähnlich RG in HRR 1939 S. 272.

Gegners oder einem sonstigen Dritten erhoben werden,¹⁾ sondern auch die Zwangsvollstreckungsgegenklagen und Auseinandersetzungen wegen der vom Drittschuldner nach Lohnpfändung hinterlegten Schuldsomme mit einem Dritten, der den hinterlegten Betrag für sich beansprucht.

Es spielt für den Begriff "derselben Rechtssache" auch keine Rolle, von wem oder gegen wen die Forderung oder der Gegenstand geltend gemacht wird, solange nur Auftrag und Ziel des Mandanten sich auf die Forderung oder den Gegenstand als solchen erstrecken.

So ist "dieselbe Rechtssache" auch zu bejahen, wenn ein Dritter sich in einem Prozeß auf ein Pfandrecht an dem Gegenstand beruft, den A. vorher gegen B. gerichtlich geltend gemacht hat und dieses Pfandrecht bereits im Zeitpunkt des von A. gegen B. geführten Prozesses bestanden haben soll. Hier richtet sich der Anspruch des Dritten gegen die Verwirklichung des von A. gegenüber B. erstrebten Ziels auf Herausgabe eines unbelasteten Gegenstandes und damit gegen das von A dem Rechtsbeistand anvertraute Interesse.

Bezüglich der bisher gebrachten Beispiele spielt es keine Rolle, ob die Bestimmung des Begriffs "derselben Rechtssache" nach der subjectiven oder objectiven Theorie, die dem Rechtsachenbegriff dasselbe materielle Rechtsverhältnis zugrunde legt, erfolgt. Trotz der übereinstimmenden Ergebnisse darf aber der wesentliche Unterschied zwischen den beiden Theorien nicht verkannt werden. Nach der subjectiven Theorie ist "dieselbe Rechtssache" nur soweit gegeben, wie das Ziel des Mandanten in Verbindung mit dem erteilten Auftrag sich erstreckt, während nach der objectiven Theorie ohne Rücksicht auf Auftrag und Ziel des Mandanten alle in dem anvertrauten Tatsachenkomplex enthaltenen rechtlichen Interessen "dieselbe Rechtssache" bilden.

Auftrag und Ziel des Mandanten kennzeichnen seine Interessenlage. Jeder Dienst gegenüber einem Dritten, der einen Verstoß gegen diese Interessenlage des Mandanten darstellt, betrifft "dieselbe Rechtssache". Dieses zeigt sich z.B. deutlich, wenn A. gegen B. einen Prozess führt und der Rechtsbeistand des A. dem C. zum Abschluß eines Vertrages mit B. rät, durch den die in dem Prozeß A. gegen B. im Streit befindlichen Interessen des A. beeinträchtigt werden. Hier sucht der Rechtsbeistand des A.

1) a.A. Friedlaender Note II zu § 31 RAO

hinter dem Rücken desselben durch Beeinflussung des C. zu verhindern, was er nach aussen für A. gegen B. durchzusetzen versuchte.¹⁾

Eine nur scheinbare Abweichung von der bisher vertretenen Auffassung liegt im folgenden Falle vor: A., vertreten durch RA X., führt gegen B. einen Prozeß wegen Anfechtung einer Vermögensübertragung und gewinnt. Später vertritt X. den auf Herausgabe eines einzelnen Vermögensgegenstandes klagenden C. gegen A. mit der Begründung, den Gegenstand habe ihm A. bereits vor der Vermögensübertragung an B. zu Eigentum übertragen. Auftrag und Ziel des A. erstreckten sich auf Wiedererlangung des an B. übertragenen Vermögens, ohne hieran durch angebliche Rechte Dritter behindert zu werden. Wenn C. einen zu dem Vermögen gehörenden Gegenstand von A. mit der Begründung beansprucht, A. habe ihm denselben bereits vor der Übergabe an B. übereignet und habe ihn deshalb nicht nochmals rechtswirksam an B. übertragen können, so betrifft das Vorgehen des C. gerade einen Teil der rechtlichen Interessen, die A. seinem Anwalt gegen B. anvertraut hatte. An dem Ergebnis ändert sich auch nichts dadurch, daß der Rechtsgrund, mit dem C. von A. den einen Gegenstand herausverlangt nicht das geringste mit den rechtlichen Beziehungen zwischen A. und B. in Bezug auf das zurückzuübertragende Vermögen zu tun hat und daß die rechtlichen Beziehungen zwischen A. und B. völlig bedeutungslos sind für die Frage, ob dem C. Rechte an dem beanspruchten Gegenstand zustehen. Auf die rechtliche Begründung von Ansprüchen kann es für den Begriff "derselben Rechtssache" nicht ankommen sondern nur auf das tatsächliche Verhältnis zu dem Gegenstand selbst, auf den sich sowohl der Auftrag des A. wie des C. bezieht. Das Vermögen ist daher das anvertraute Rechtsinteresse, die Rechtssache, und damit als Teil des Vermögens auch der von A. und zugleich für C. beanspruchte Gegenstand.

"Dieselbe Rechtssache" wäre aber zu verneinen, wenn B. oder C. wegen desselben Gegenstandes in einem neuen Prozeß gegen A. mit der Behauptung vorgehen würden, er sei ihnen nachträglich d.h. nach der rechtswirksam durchgeführten Anfechtung gegenüber B. von A. geschenkt worden, denn auf nachträglich entstandene Fakten erstreckten sich Auftrag und Ziel des A. nicht.

Der Rechtsbeistand X., der zuerst den Gläubiger gegen den Hauptschuldner vertritt, kann nicht im Prozeß gegen den Bürgen diesen gegen den Gläubiger oder umgekehrt der Rechtsbeistand.

der zuerst den Hauptschuldner gegenüber dem Gläubiger vertritt, kann nicht im Prozess gegen den Bürgen den Gläubiger vertreten. Das erstrebte Ziel ging im ersten Fall auf Befriedigung wegen der Forderung schlechthin, nicht nur durch den Hauptschuldner. Diesem Ziel arbeitete X. durch die Vertretung des Bürgen entgegen. Im zweiten Fall betrifft die spätere Vertretung des Gläubigers gegenüber dem Bürgen auch "dieselbe Rechtssache",¹⁾ denn der Hauptschuldner muss im Falle der Verurteilung des Bürgen mit Recht befürchten, von diesem wieder im Regresswege in Anspruch genommen zu werden. Sein Ziel ging daher auch bei Anerkennung seiner Schuld gegenüber dem Gläubiger auf Haftung nur im Rahmen des unbedingt Notwendigen. Gegen dieses Ziel richtete sich die spätere Vertretung des Gläubigers gegen den Bürgen, die letzten Endes auf eine weitere Haftung des Hauptschuldners auch für die Kosten des Verfahrens gegen den Bürgen herausläuft. Es zeigt sich besonders hier, daß nicht die Person des Gegners sondern die anvertrauten Interessen für den Rechtssachenbegriff entscheidend sind und damit die Bindung bewirken.²⁾

Die Frage der Abgrenzung der anvertrauten Interessen stellt sich, nur etwas abgewandelt, auch in dem Falle, daß der Rechtsbeistand dem A. bei der Ausarbeitung eines Gesellschaftsvertrages mit B. behilflich ist und später den B. bei der Wahrnehmung von Rechten, die aus dem abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag hergeleitet werden, gegenüber A. berät oder vertritt, wobei es keine Rolle spielt, ob sich die tatsächlichen Verhältnisse inzwischen geändert haben. Der unmittelbare Auftrag des A. erstreckte sich zwar nur auf die Ausarbeitung des Vertrages. Das Ziel ging aber auf die Sicherstellung seiner Gesellschaftsrechte gegenüber B., wofür der Vertrag nur das Mittel war. Wenn deshalb der gleiche Anwalt auch Rechte des B. wahrnimmt, die sich auf den Gesellschaftsvertrag stützen, so ist er für "dieselbe Rechtssache" tätig geworden.

Dagegen wäre "dieselbe Rechtssache" zu verneinen, wenn der Rechtsbeistand des A. gestützt auf den Vertrag für einen Dritten Rechte aus diesem gegen den A. herleiten würde, denn der Auftrag und das Ziel des Mandanten beschränkten sich auf die Sicherstellung von Rechten im Verhältnis zwischen A. und B. Der Anwalt ist also nicht innerhalb der Rechtssphäre, die durch Auftrag und Ziel des A. umgrenzt waren, für C. tätig geworden. Dieser Fall

1) Vergl. RG in HRR 1935 Nr. 633 u. Weimar S. 33

2) so Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 506, vergl. S. 153

Dieser Fall ist daher mit dem kürzlich geschilderten Fall,¹⁾ in welchem der Rechtsbeistand C. veranlasste, durch einen Vertrag mit B. das für A. im Verhältnis zu B. erstrebte Ziel zu verhindern, nicht gleichzusetzen.

Ein gutes Beispiel für die richtige Bestimmung des Rechts-sachenbegriffs gerade vom subjectiven Standpunkt aus bietet ein bereits bei Prüfung des Interessengegensatzes in Bezug genommen Entscheidung des OLG München.²⁾ Wenn der Auftrag und das Ziel des Dritten nur auf Bestrafung wegen der neuen Straftat ging, können die von dem Dritten anvertrauten Interessen nicht das von A. anvertraute Interesse, das sich auf den Straferlass in Ansehung eines Strafrestes von einer Woche erstreckte, also "dieselbe Rechtssache", betreffen. Das OLG München beschränkt hier den Begriff "derselben Rechtssache" im übrigen auf den Inhalt des Auftrages unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die hinsichtlich der Rechtssachenidentität nicht ganz klare RG-Entscheidung im 71. Band.³⁾

Es fragt sich jedoch, ob sich mit der subjectiven Bestimmung "derselben Rechtssache" der Begriff auch in jedem Falle einwandfrei ermitteln läßt. Bei der Prüfung dieser Frage erscheint es zweckmässig, die Fälle, in denen der Begriff "derselben Rechtssache" von Bedeutung sein kann, nach der Typizität zu bestimmten Gruppen zusammenzufassen und für jede von ihnen die Rechtssachenidentität besonders zu prüfen.

bb) Typische Ausgangslagen für die Rechtssachenidentität

α) Einheit und Mehrheit der Rechtssachen.

Die Frage nach der Einheit oder Mehrheit der "Rechtssachen" stellt sich, wenn mehrere Forderungen gleichzeitig zur gerichtlichen Geltendmachung übertragen werden. Regelmässig ist davon auszugehen, daß die Einziehung der einzelnen Forderungen unabhängig voneinander ist. Wirtschaftlich und rechtlich bilden sie für den Gläubiger keine Einheit. Die Rechtssache beschränkt sich daher auf die einzelne Forderung. Jeder Einziehungsauftrag ist daher als selbständiger Auftrag anzusehen. Dieses muß selbst dann gelten, wenn der Rechtsbeistand regelmässig mit der Einziehung sämtlicher streitiger Forderungen eines Gläubigers beauftragt ist. Die Frage der Einheit oder Mehrheit der Rechts-

1) siehe S. 147 f

2.) S. 87

3) vergl. auch Clappers Anm. zu OLG München in NJW 1950 S. 239, der darauf hinweist, daß eine Strafaussetzung, also ein Gnadenbeweis, als Verwaltungsakt auch eine Rechtssache sein könne.

sachen selbst ist eine Vorfrage im Verhältnis zu der Frage, wie die Rechtssache abzugrenzen ist, denn eine Abgrenzung ist nur möglich, wenn auch nur eine Rechtssache vorliegt. Die "Rechtssache" beruht selbst auf der Zusammenfassung eines Tatsachenkomplexes zu einer gedanklichen Einheit, die bei gleichzeitigem Auftrag zur Einziehung mehrerer Forderungen nicht gegeben ist.

Zwei selbständige Rechtssachen liegen auch vor, wenn der Anwalt einmal die Vertretung eines Bauhandwerkers wegen einer Bauforderung gegen den Bauherrn und das andere Mal des Bauherrn gegen denselben Bauhandwerker wegen einer anderen Forderung aus dem Bau übernommen hat. Es handelt sich hier um die Geltendmachung von zwei voneinander unabhängigen Forderungen. Die Übertragung der Geltendmachung der beiden Forderungen könnte nur dann eine rechtliche Einheit bilden, wenn dem Anwalt auch sämtliche rechtlichen Interessen aus dem Bauvorhaben übertragen worden wären. Hiervon abgesehen bilden die einzelnen Forderungen aus dem Bauvorhaben keine rechtliche oder auch nur wirtschaftliche Einheit zueinander. Das Ergebnis ist, daß "dieselbe Rechtssache" erst recht nicht gegeben ist, wenn es sich in den vorstehenden Fällen nicht um dieselben Personen sondern z.B. um einen anderen Bauhandwerker wegen einer Forderung aus demselben Bau handelt.

Anders liegt es dagegen, wenn der Anwalt mit der Regelung des Schuldenwesens einer Person im ganzen oder wenigstens sämtlicher Hypothekenlasten beauftragt ist. Hier führt schon die notwendige einheitliche Regelung zu der Zusammenfassung zu einer Rechtssache. Es spielt dabei keine Rolle, wie viele, ihrer Natur nach rechtlich verschiedene, Schritte erforderlich sind, um die gewünschte Schuldenregelung oder wenigstens der Hypothekenlasten zu erreichen.¹⁾ Jede Beistandsleistung an den Gläubiger eines solchen Schuldners ist daher in "derselben Rechtssache" erfolgt. Für die Frage der Einheit und Mehrheit der Rechtssachen ist daher bei Übertragung mehrerer formell trennbarer Rechtsangelegenheiten entscheidend, ob diese eine einheitliche Regelung gebieten und daher zu einer gedanklichen Einheit zusammenzufassen sind.

β) Ansprüche aus einem Rechtsverhältnis,

XX) im allgemeinen

Geltendgemachte Ansprüche haben häufig ihre Grundlage in einem Rechtsverhältnis. Es erhebt sich dann die Frage, ob nicht

I) so RGSt 23 S. 60 (65), Weimar S. 35 f., Friedlaender Note II u. zu § 31 RA0

anstelle des Einzelanspruchs oder mehrerer Ansprüche das Rechtsverhältnis, aus dem der oder die Ansprüche resultieren, als anvertraut, als die "Rechtssache" anzusehen sind. Die Fragestellung mag an einem Beispiel verdeutlicht werden.

Wenn RA X. für die Altenteiler Klage gegen den Sohn der Altenteiler auf Ablösung des Altenteils erhebt und später nach einem gerichtlichen Vergleich in der ersten Prozeßsache nun für den Sohn gegen die Altenteiler Ablösung des Altenteils und Räumung von zwei Zimmern gerichtlich begehrt, so handelt es sich auch bezüglich der beiden Zimmer um "dieselbe Rechtssache". Anvertraut war dem Rechtsbeistand mit dem ersten Auftrag das Altenteilsverhältnis als solches, nicht nur ein einzelner Anspruch daraus. Dieselbe Grundlage berührt auch die Klage des Sohnes, mochten auch inzwischen nach dem Abschluss des Vergleichs neue Tatsachen hinzugetreten sein. Auf diese Tatsachen kann es entscheidend nicht ankommen, auch dann nicht, wenn das Gegeninteresse sich erst auf Grund der neuen Tatsachen bildet. Entscheidend sind die beiderseitigen Ziele, das beiderseitige Klagbegehren, wobei zu beachten ist, daß auch der Räumungsanspruch seine Grundlage im Altenteilsverhältnis hat.¹⁾ Das Ziel der Altenteiler war auf die Ablösung des Altenteils gerichtet. Mit diesem Ziel wurde das Altenteilsverhältnis in seinem Bestand erfasst.

Wenn der geltendgemachte Anspruch im Angriff oder in der Abwehr das Rechtsverhältnis aber nicht in seinem Bestand berührt, so ist nur der einzelne Anspruch, nicht das Rechtsverhältnis, als anvertraut anzusehen. Nach der objectiven Theorie wäre aber jeweils das Rechtsverhältnis als solches d.h. bei Geltendmachung einer Lohnforderung das Dienst- oder Arbeitsverhältnis, bei einer Mietforderung das Mietverhältnis, bei einem anderen Anspruch aus einem Rechtsverhältnis jeweils das zugrunde liegende Rechtsverhältnis im ganzen als anvertraut anzusehen, gleichviel welche Ansprüche daraus hergeleitet werden, ob sie sich in ihrem Gegenstand, in der Begründung oder in der Person unterscheiden. Praktisch bedeutet dieses, daß ein heute wegen einer Mietnachzahlung und 8 Jahre später ein gegen denselben Mieter geführter Räumungsprozess aus § 4a MSchG als "dieselbe Rechtssache" anzusehen sind.²⁾ Sowohl nach der objectiven wie subjectiven Theorie kann aber die Entscheidung der Frage, ob "dieselbe Rechtssache" vorliegt, nicht vom Zeit-

1) vergl. RGSt 62 S. 152 (156)

2) so RGSt 72 S. 133 (140), a.A. Kern zu § 58 III 1.

ablauf abhängig sein. Der Begriff "derselben Rechtssache" ist immer nur an die Sache (das sachenrechtliche Verhältnis) oder an die Person gebunden.

Nach der objectiven Theorie würde selbst ein Mieterwechsel die Annahme "derselben Rechtssache" nicht ausschliessen, wenn der Gegenstand des Mietverhältnisses ganz oder teilweise derselbe geblieben ist, obwohl regelmässig das anvertraute Interesse sich nur auf eine bestimmte Mietpartei und vielleicht noch die dazugehörigen Familienangehörigen erstreckt. Gerade in einem solchen Fall zeigt sich die drakonisch weite Auslegung des Begriffs nach der objectiven Theorie. Nach der subjectiven Theorie dauert das Treueverhältnis regelmässig nur so lange, wie derjenige, dem die Treue zu halten ist, noch lebt.¹⁾ Eine Ausnahme müßte nur dann gelten, wenn Auftrag und Ziel nicht mit der Person des Gegners zusammenhängen, sondern ausschliesslich den Gegenstand des anvertrauten Interesses betreffen.

Der EGH²⁾ hat in einem Fall bei einem längeren Zwischenraum zwischen zwei Räumungsklagen zwar das Vorliegen "derselben Rechtssache" verneint. Hierbei spielte der Umstand, daß inzwischen ein Wechsel im Eigentum eingetreten war und der Anwalt nur den neuen, nicht den alten, Eigentümer vertreten hatte, keine Rolle; bedenklich erscheint jedoch die Annahme des EGH, daß die erste Räumungssache nicht anvertraut sei, weil sie nur anlässlich der Besprechung anderer Rechtsangelegenheiten "unverbindlich" miterörtert sei.

Bei einer Mietzahlungsklage brauchen nur wenige auf die Zahlungsverpflichtung bezügliche Tatsachen, also nur wenige die Grundlage des Mietrechtsverhältnisses betreffende Tatsachen, anvertraut werden. Der Inhalt des Mietverhältnisses im übrigen interessiert nicht. "Dieselbe Rechtssache" beschränkt sich daher auf die Geltendmachung der rückständigen Mietraten. Das, was aber für das Verhältnis der einzelnen Mietraten zu dem zugrunde liegenden Mietverhältnis gilt, muß für das Verhältnis jedes anderen Anspruchs zu dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis auch gelten. So beschränkt sich das anvertraute Interesse auch bei Geltendmachung von Kaufpreistraten auf die einzelnen Raten; es umfaßt nicht den Kaufvertrag mit allen seinen möglichen rechtlichen Auswirkungen.

Die Geltendmachung solcher Einzelansprüche, die aus einem Rechtsverhältnis resultieren, jedoch den Bestand desselben

1) vergl. BGH 4 StR 762/53 U.v. 14.4.53

2) Entscheidung vom 20.5.1953 Aktz. 517/53 B.

nicht berühren, ist besonders häufig bei Dauerschuldverhältnissen wie z.B. Miete, Pacht, Dienstvertrag, Werkvertrag, Auftrag und Gesellschaft des BGB. In jedem Falle bedarf es aber einer sorgfältigen Prüfung, ob sich der Streitstoff und damit die Treueverpflichtung auf einen Einzelanspruch beschränkt oder das Rechtsverhältnis in seinen gesamten rechtlichen Beziehungen anvertraut ist. Maßgebend hierfür ist die Natur des geltendgemachten Anspruchs einerseits, das verfolgte Ziel des Auftraggebers andererseits.

Wenn das Rechtsverhältnis, aus dem der oder die Ansprüche erwachsen, in jedem Fall "dieselbe Rechtssache" abgrenzen soll, so ist damit der Begriff weit über den Umfang des geschenkten Vertrauens hinaus erweitert. Welzel¹⁾ spricht in einem solchen Fall von der Identität des anvertrauten materiellen Rechtsverhältnisses im Gegensatz zum Einzelanspruch oder Prozeßfall. Es wird damit etwas als anvertraut fingiert und damit dem Rechtssachenbegriff zugrundegelegt, was nach dem Willen des Mandanten nicht anvertraut ist. Umfang und Inhalt der anvertrauten Interessen sind aber von der sich anvertrauenden Person nicht zu trennen. Ihr Wille muss daher maßgebend sein. Handelt es sich daher z.B. nur um eine Auseinandersetzung wegen der Höhe der Nebenkosten aus einem Mietverhältnis, so wäre es unverständlich anzunehmen, der Auftraggeber habe seinem Rechtsbeistand das Mietverhältnis in seinen sämtlichen möglichen Ausstrahlungen auch für die Zukunft anvertraut und erwartet dementsprechend eine Treue für ein künftiges noch völlig unbestimmtes Interesse.

Kalsbach²⁾ erkennt zwar die anvertraute Rechtssache als ein Object eigener Disposition des Auftraggebers an, jedoch nur mit Bezug auf das Maß der Verpflichtung, die dem Rechtsbeistand mit Übertragung der Rechtssache auferlegt wird, nicht mit Bezug auf Inhalt und Umfang, die sich nach objectiven Maßstäben bemessen sollen. Inhalt und Umfang können aber nicht weiter gehen als das auferlegte Maß der Verpflichtung, entspringt doch das Anvertrauen einem Willensakt des Auftraggebers und soll doch die Treueverpflichtung sich nur auf die Rechtssache erstrecken, deren Inhalt und Umfang auch Inhalt und Umfang der Treueverpflichtung bestimmt. Der Auftrag muss daher in jedem Falle maßgebend sein, soweit sich nicht aus dem erstrebten Ziel eine Erweiterung der Rechtssache ergibt.

1) "Das Deutsche Strafrecht" § 75 IV 1 a.

2) Anw.Bl. 1954 S. 187 ff.

Ansprüche aus einem Mietverhältnis ermöglichen besonders instruktiv die Darlegung der Grundsätze, auf die es für den Begriff der Rechtssachenidentität ankommt. So können, brauchen aber zwei aufeinander folgende Räumungsklagen zwischen denselben Parteien nicht "dieselbe Rechtssache" zu sein.

Wenn RA X. für A. gegen B. aus § 2 MSchG auf Aufhebung des Mietverhältnisses klagt und später für den Gegner B. ausschließlich wegen angeblicher Nichtzahlung von mehreren Mietraten die Vertretung in einer neuen Räumungsklage übernimmt, so liegt trotz formeller Gleichheit des erstrebten Ziels nicht "dieselbe Rechtssache" vor. Die Anspruchsgrundlage ist im zweiten Räumungsprozess eine völlig andere wie im ersten Prozeß.¹⁾ Im ersten Fall erstrebt der Kläger die Aufhebung des Mietverhältnisses und die Räumung wegen erheblicher Belästigungen. Das erstrebte Ziel, die Räumung, ist aufs engste mit dem Räumungsgrund verbunden und wird erst hierdurch konkretisiert. Im zweiten Fall führt ein völlig neuer Sachverhalt zu dem formell gleichen Ziel. Wird jedoch im ersten Fall der Klaggrund nachträglich durch Einbeziehung anderer Räumungsgründe erweitert, so wird auch die zusätzliche Anspruchsgrundlage mit zu "derselben Rechtssache". Ob in diesem Falle der Bestand des Mietverhältnisses als anvertraut anzusehen ist, bedarf einer sorgfältigen Prüfung. Auch bei einer Klagänderung z.B. umgekehrt von der reinen Räumungs- zur Mietaufhebungsklage oder umgekehrt wird häufig das gesamte Mietverhältnis als anvertraut anzusehen sein und "dieselbe Rechtssache" bilden. Die Interessen des Mandanten dürfen in diesen Fällen nicht zu eng gesehen werden. Kehrt die Anspruchsgrundlage des ersten Prozesses in irgendeiner Form im zweiten Prozeß wieder, so ist auf jeden Fall "dieselbe Rechtssache" gegeben.

Da das Mietverhältnis regelmässig besonders personenbezogen ist, setzt die Rechtssachenidentität die Personenidentität voraus. Etwas anderes muß nur dann gelten, wenn es ausnahmsweise um das Vertragsverhältnis als solches geht. Grundsätzlich ist daher festzustellen: Je mehr der oder die anvertrauten Interessen das Rechtsverhältnis in seinem gesamten Bestand berühren, desto eher ist auch das Rechtsverhältnis im ganzen als anvertraut anzusehen. Handelt es sich z.B. nicht nur um die Geltendmachung

¹⁾ Da dem Rechtsbeistand mit dem ersten Prozess nur ein beschränktes Interesse anvertraut wurde, handelte er nicht untreu, mag er auch gegen die Gradlinigkeit der Rechtspflege verstossen haben.

einer einzelnen Kaufpreisrate, also um einen Einzelanspruch aus dem Rechtsverhältnis "Kaufvertrag" sondern um einen Anspruch, der im Angriff oder in der Abwehr den Bestand des Kaufvertrages berührt, sei es durch Geltendmachung von Wandlungs-, Minderungs-, Rücktrittsrechten oder Schadensersatzansprüchen, so betrifft jede andere Vertretung in der Kaufvertragssache "dieselbe Rechtssache". Die Abgrenzung zwischen der Anvertrauung eines einzelnen Anspruchs aus einem Rechtsverhältnis und dem Rechtsverhältnis als Ganzen mag im Einzelfall schwierig sein. Die Entscheidung wird jedoch erleichtert, wenn man berücksichtigt, daß das anvertraute Interesse des Mandanten nicht zu eng verstanden werden darf und die Anvertrauung eines einzelnen Anspruchs aus einem Rechtsverhältnis im Gegensatz zu der Anvertrauung des Rechtsverhältnisses im ganzen die Ausnahme bildet. Je weniger umfangreich das Rechtsverhältnis ist, desto eher ist es im ganzen als anvertraut anzusehen.

Legt man der Rechtssachenidentität nur den objectiven Standpunkt zugrunde, so ist in allen Fällen, in welchen ein Anspruch aus einem Rechtsverhältnis geltend gemacht wird, mag er beschaffen sein, wie er will, der Rechtsanwalt gehindert, zu irgendeiner Zeit für irgendjemand in irgendeiner Form tätig zu werden, soweit das Rechtsverhältnis reicht. Diese Konsequenz ergibt sich auch aus dem vom BGH vertretenen Standpunkt. Diese unangemessen weite Auslegung der Rechtssachenidentität nach der objectiven Theorie wird besonders deutlich in dem bereits geschilderten Fall,¹⁾ wenn gegen einen Mieter rückständiges Wassergeld geltendgemacht wird. Der den Mieter vertretende Rechtsbeistand wäre dann gehindert, den Vermieter zu irgendeiner späteren Zeit in irgendeiner anderen Angelegenheit, die aus dem Mietverhältnis hergeleitet wird, z.B. auch in einer Feststellungsklage dahingehend, daß der Mieter den Keller nicht mitbenutzen dürfe, zu vertreten.

Ein gutes Beispiel dafür, wann nicht der einzelne aus einem Rechtsverhältnis abgeleitete Anspruch sondern das Rechtsverhältnis als Ganzes in allen seinen rechtlichen Auswirkungen als anvertraut anzusehen ist, bietet eine bereits bei Prüfung des Interessengegensatzes in Bezug genommene RG-Entscheidung.²⁾ Der Anwalt hatte zunächst mehrmals die uneheliche Tochter in Unterhaltsprozessen gegen den Vater vertreten. Nach Abschluß eines gerichtlichen Vergleichs wurden durch die Tochter im Wege einer Abänderungsklage erneut erhöhte Unterhaltsansprüche gel-

1) siehe S. 154 Mitte

2) RGSt 60 S. 296 (298 f)

tend gemacht. Der Anwalt vertrat nunmehr den Vater gegen die Tochter. Er wurde damit in "derselben Rechtssache" tätig. Die Unterhaltsbeziehung zwischen Tochter und Vater waren das anvertraute Rechtsverhältnis. Die Geltendmachung des erhöhten Anspruchs verlangte die Prüfung des Rechtsverhältnisses in seinem ganzen Bestande. Auf die Begründung des Anspruchs, ob derselbe unmittelbar auf die §§ 1701 ff BGB oder auf § 323 ZPO in Verbindung mit den vorgenannten Bestimmungen gestützt war, kam es nicht an.

Eine BGH-Entscheidung¹⁾ löst das gleiche Problem ebenfalls im richtigen Sinne. Hier hatte der Rechtsbeistand den Auftrag erhalten, dem durch Gesellschaftsbeschluss einer GmbH seines Amtes enthobenen Geschäftsführers K. die Abberufung zu eröffnen und die GmbH in dem Rechtsstreit gegenüber den Forderungen und Einwendungen des abberufenen Geschäftsführers zu vertreten. Der Auftrag bezog sich damit auf die Grundlagen der rechtlichen Beziehung zwischen GmbH und Geschäftsführer. Die spätere Vertretung des Geschäftsführers in einem Einstweiligen Verfügungsverfahren wegen des Rechts des Betretens des von der GmbH betriebenen Kabarett bezog sich wieder auf die vom ersten Auftraggeber anvertraute Rechtsgrundlage, mochte sich der Geschäftsführer auch in erster Linie auf einen zwischen den Beteiligten zwischenzeitlich geschlossenen Vergleich beziehen, durch den K. als Geschäftsführer wieder eingesetzt war. K. erstrebte mit dem Einstweiligen Verfügungsverfahren die Wiederherstellung seiner Rechte als Geschäftsführer, die die GmbH dem Rechtsbeistand in entgegengesetztem Interesse anvertraut hatte.

Die geschilderten Fälle dürften aber auch beweisen, daß eine Abgrenzung zwischen der Anvertrauung eines Einzelanspruchs oder mehrerer Ansprüche aus einem Rechtsverhältnis und dem Rechtsverhältnis als solchen, wie sie nach der subjectiven Theorie erforderlich ist, zwecks Feststellung des Umfanges der Rechtssachen durchaus möglich ist und nicht zu Unsicherheiten in der praktischen Handhabung führt.

BB) Die Ehe und Verlöbniß als besondere Rechtsverhältnisse.

Bei den Rechtsverhältnissen als Anspruchs- oder Abwehrgrundlage kommt der Ehe und dem Verlöbniß als Rechtsverhältnissen rein personenrechtlicher und nicht schuldrechtlicher Art besondere Bedeutung zu. Diese rein personenrechtliche Grundlage führt

1) BGH 3 Str O.v. 12.5.55

dazu, daß regelmässig die Ehe und das Verlöbniß als solche als anvertraut anzusehen sind.

Der BGH hat in mehreren Entscheidungen¹⁾ die Ehe vom objectiven Standpunkt aus als einheitliches Lebens- und Rechtsverhältnis behandelt. Er hat hierbei besonders die für das Eheverfahren geltenden Verfahrensvorschriften, die staatsanwaltlichen Möglichkeiten des Eingreifens zur Erhaltung der Ehe, die Bedeutung von Tatsachen, die in einem früheren Prozeß Verwendung fanden oder hätten finden können und selbst nach Verzeihung in Zukunft finden können, und die weitgehende Rechtskraftwirkung abweichender Urteile herausgestellt.

Diese Besonderheiten des Eheverfahrens aber auch der sittliche Charakter der Ehe, der jegliches Geschehen innerhalb der Ehe unter dem Gesichtspunkt ihres sittlichen und rechtlichen Gehalts wertet, gebieten mit dem BGH nach objectiver Bestimmung die Annahme "derselben Rechtssache". Aber auch nach subjectiver Bestimmung kann nichts anderes gelten. Als anvertraut gilt, was nach dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Auftraggebers als anvertraut gelten soll, soweit es im Auftrag seinen Niederschlag gefunden hat. Die Ehescheidung berührt jeweils den Bestand der Ehe als Ganzes. Es lassen sich im Ehe- und Verlöbnißrecht kaum Ansprüche denken, die nicht den Bestand der Ehe oder des Verlöbnisses oder wenigstens die Ehe und das Verlöbniß als solche in ihrer sittlichen und rechtlichen Grundlage berühren. Dieses würde z. B. auch bei einer Klage auf Wiederherstellung der häuslichen Gemeinschaft gelten. Es kann deshalb auch für die Begriffsbestimmung keine Rolle spielen, ob es sich um eine Ehescheidung, ein Eheaufhebungs- oder Eheanfechtungsverfahren oder eine Klage auf Wiederherstellung der ehelichen und häuslichen Gemeinschaft handelt. Die Ehe ist nach dem mutmaßlichen Willen des Auftraggebers nicht aus bestimmten Auflösungsgründen sondern im ganzen ohne Rücksicht auf irgendwelche tatsächlichen Vorgänge und deren Vorbringen im Prozess anvertraut. Ein späteres, dieselbe Ehe betreffendes Verfahren oder eine spätere Beratung in einer Ehesache betreffen daher stets "derselbe Rechtssache", ohne daß es darauf ankommt, ob die in dem späteren Verfahren im Angriff oder in der Abwehr vorgetragenen Tatsachen in dem früheren Verfahren eine Rolle gespielt haben oder hätten spielen können und ob neue Tatsachen hinzugetreten sind, die den späteren Anspruch erst haben entstehen lassen.²⁾ Es ist auch ohne Bedeu-

1) so BGHSt 9 S. 341ff; siehe auch RG in HRR 1940 Nr. 714 und die Ausführungen zur Frage des Interessengegensatzes S. 106 ff.

2) so RG in HRR a. a. O., EGH 32 S. 111 f und 114 f, Kalsbach in Anw. Bl. 1954 S. 188

tung, ob zwischen dem ersten und dem zweiten Prozess bzw. den Beratungen eine kurze oder eine lange Zeitspanne liegt. Der BGH deutet an,¹⁾ daß bei einem langen Zwischenraum unter Umständen nicht mehr "dieselbe Rechtssache" gegeben sein könne. Da es aber auf die in dem jeweiligen Verfahren vorgetragenen Tatsachen nicht ankommt, ist nicht ersichtlich, welche Rolle der Zeitablauf für die Rechtssachenidentität spielen soll.

Mit der Ehe sind auch die sich aus dem Abschluß des Eheverfahrens ergebenden Rechtsfolgen bezüglich Unterhalts, Sorgerechts für die Kinder und des Hausratsauseinandersetzungsverfahrens regelmässig mit anvertraut, gleichgültig ob und wieweit Tatsachen, die in dem Scheidungsverfahren eine Rolle gespielt haben, in dem Anschlußverfahren vorgetragen werden.²⁾ Dasselbe gilt, wenn ein Ehepartner nur hinsichtlich der Ehescheidung beraten und der Gegenpartner in dem Anschlußverfahren vertreten wurde. Die Anschlußverfahren bauen regelmässig auf dem Scheidungsverfahren auf, die Vertretung in diesen Verfahren ist daher als Auswertung der in dem Eheverfahren anvertrauten Interessen anzusehen. Die Vertretung des Gegners in einem Anschlußverfahren ist daher nicht anders zu beurteilen als die Vertretung des durch eine Straftat Geschädigten im Schadensersatzprozeß nach vorangegangener Verteidigung des Schädigers, vorausgesetzt, daß in dem Eheverfahren Interessen des Erstauftraggebers vertreten wurden.

Es bestehen jedoch Bedenken, ob, wie das RG in der angeführten Entscheidung aus 1926 angenommen hat, die Vertretung der Ehefrau im Scheidungsprozess und ein für den Ehemann erstattetes Gutachten hinsichtlich der strafrechtlichen Verfolgbarkeit einer in dem Prozess vernommenen Zeugin als "dieselbe Rechtssache" anzusehen sind. Das eine Begehren betrifft die Ehe als solche einschließlich seiner möglichen Auflösungsgründe, das andere die generelle Möglichkeit des strafrechtlichen Vorgehens gegen eine falschaussagende Zeugin. Die Falschaussage der Zeugin betrifft nicht die Ehe und ihre Auflösbarkeit. Durch die Erstattung des Gutachtens hat der Anwalt die ihm anvertrauten Interessen der Ehefrau nicht zu ihrem Nachteil ausgewertet. Die Chancen für die erfolgreiche Durchführung des Eheverfahrens im Sinne der Ehefrau wurden durch die gutachtliche Tätigkeit nicht berührt. Von einer nachteiligen Auswertung könnte nur dann die Rede

1) BGH St 9 S. 341 (345)

2) so RG in JW 1926 S. 1571 = DJZ 1926 S. 1497, a.A. Hachenburg in DJZ 1926 S. 797. Auf die Schwierigkeiten der Abgrenzung weist Albers in Anmerkung zu RG in JW 1926 S. 1570 hin.

sein, wenn die Gutachtertätigkeit den Zweck gehabt hätte, den Ehemann darüber aufzuklären, ob die zu seinem Nachteil erfolgte falsche Aussage der Zeugin prozessual, sei es durch ein späteres Wiederaufnahmeverfahren oder in anderer Weise, unwirksam gemacht werden könnte oder ihn darüber ~~zu belehren~~, ob eine Strafanzeige gegen die Zeugin für die von dem Ehemann im Prozeß vertretenen Interessen anzuraten sei. Solange sich aber das Gutachten erkennbar darauf beschränkte, die strafrechtlichen Folgen der falschen Aussage der Zeugin darzulegen - ein anderer Zweck ist aus den Entscheidungsgründen nicht zu entnehmen - kann die Gutachtertätigkeit nicht als eine Benachteiligung der Ehefrau und damit als "dieselbe Rechtssache" angesehen werden. Daß eine Bestrafung der Zeugin, wenn eine Strafanzeige auf Grund des Gutachtens erstattet worden und zu einer Verurteilung der Zeugin führen sollte, sich auch auf den Ehescheidungsprozess auswirken könnte, ist nur eine Folge tatsächlicher Art, die mit dem von dem Ehemann erteilten Auftrag nur indirekt zusammenhängt. Die tatsächliche Verbindung schafft aber keine rechtliche Einheit.

Das Eheverfahren und der nachfolgende Unterhaltsprozess sind stets "dieselbe Rechtssache", mag auch die Unterhaltssache nach dem Eheverfahren nicht neu anvertraut sein, weil sie bereits vor Beginn des Eheverfahrens abschliessend geregelt war.¹⁾ Wenn das vor Einleitung des Scheidungsprozesses geschlossene Unterhaltsabkommen eine Vorbedingung für die später gewählte Art des Scheidungsverfahrens war z.B. bei einer Klage aus § 48 EG, so bilden die Unterhaltssache und das nachfolgende Eheverfahren auch "dieselbe Rechtssache", obwohl beide Angelegenheiten ihrer Natur nach voneinander unabhängig und deshalb verschiedene Rechtssachen sein könnten.

Was für die Ehe gilt, daß sie nämlich in ihrer Gesamtheit als anvertraut anzusehen ist, muß wegen des ähnlichen sittlich und rechtlichen Charakters auch für das Verlöbniß gelten.

In einer bereits mitgeteilten RG-Entscheidung²⁾ hatte eine in einem ersten Prozeß aus § 1298 EGB von der ersten Verlobten als Gegnerin des vertretenen Beklagten vorgetragene Abtreibungsgeschichte auch in einem späteren Prozeß der zweiten Verlobten mit derselben rechtlichen Klaggrundlage gegen denselben Beklagten eine Rolle gespielt. Nach der subjectiven Theorie

1) zur Palidarstellung siehe S. 109

2) in IRR 1938 Nr. 1443.

lag nicht "dieselbe Rechtssache" vor, da die Prozeßziele auf zwei sachlich verschiedenen Rechtsverhältnissen basierten. Aber auch nach der objectiven Theorie könnte nicht "dieselbe Rechtssache" angenommen werden, weil die beiderseitigen Ansprüche in Verbindung mit ihrer tatsächlichen Grundlage zwei völlig verschiedene Rechtsangelegenheiten betrafen. Das Gleichartige der beiden Prozesse - es handelte sich jeweils um Ansprüche aus einer aufgelösten Verlobung - und die Verwendung der Abtreibungsgeschichte auch im zweiten Prozeß ergeben noch nicht "dieselbe Rechtssache", da der Auftrag und die Anspruchsgrundlage im zweiten Prozeß mit der Abtreibungsgeschichte nichts zu tun hatten. Eine nachteilige Auswertung der im ersten Prozeß anvertrauten rechtlichen Interessen ist auch nicht erfolgt, da dem Anwalt die Abtreibungsgeschichte nicht von dem Beklagten des ersten Prozesses anvertraut war. Das Hineinspielen gewisser im ersten Prozeß seitens der Gegenpartei vorgetragenen Tatsachen in den neuen Prozeß würde nur dann zur Annahme "derselben Rechtssache" ausreichen, wenn diese Tatsachen zur Begründung des Anspruchs des Erstauftraggebers vorgetragen wären. Das Ergebnis wäre nur ein anderes, wenn für die Begriffsbestimmung die weite, von Alsberg¹⁾ vertretene, hier aber abgelehnte Auffassung anzuwenden wäre. Es ist deshalb auch bedeutungslos, ob der Anwalt die Abtreibungsgeschichte im zweiten Prozeß von sich aus oder auf Betreiben der Klägerin, soweit diese ihm dieselbe mitgeteilt hatte, vortrug. Dieses könnte nur im Rahmen des § 300 StGB von Bedeutung sein.

14) Dasselbe historische Ereignis.

Eine andere Gruppe von Fällen, die eine besondere Prüfung hinsichtlich des Begriffs "derselben Rechtssache" erforderlich macht, betrifft die verschiedenartigen rechtlichen Folgen, die aus einem einheitlichen Lebensvorgang, einem bestimmten Ereignis in der Außenwelt, abgeleitet werden können. Wie weit bzw. wie eng dieser einheitliche Lebensvorgang aufzufassen ist, hängt einmal davon ab, welche Tatsachen dem Rechtsbeistand unterbreitet worden sind. Berücksichtigt werden können für die Frage des Umfangs der anvertrauten Interessen nur solche Tatsachen, die auch tatsächlich anvertraut worden sind. Es fragt sich jedoch weiter, ob "dieselbe Rechtssache" neben den mitgeteilten Tatsachen nur solche rechtlichen Auswirkungen umfaßt, die der unmittelbare Gegenstand des erteilten Auftrages sind oder auch andere direkte oder indirekte

1) siehe S.142 f

rechtliche Auswirkungen, wobei die Grenze der Kreis sämtlicher möglichen rechtlichen Auswirkungen bilden würde, die sich aus dem anvertrauten Sachverhalt vom Standpunkt eines objectiven Dritten aus ergeben könnten. Die Fragestellung ist von praktischer Bedeutung besonders bei Geschehnissen mit einschneidenden rechtlichen Wirkungen z.B. bei einer Straftat. Hier können die rechtlichen Auswirkungen erheblich über den reinen Strafzweck hinausgehen und weitere Rechtsfolgen insbesondere zivilrechtlicher Art auslösen. Es wäre zu prüfen, ob hier der Begriff "derselben Rechtssache", wie er in der strafprozessualen Rechtskraftlehre entwickelt worden ist, eine Basis auch für die Begriffsbestimmung im Rahmen des § 356, jedenfalls soweit Straftaten in Frage stehen, abgeben könnte, insbesondere für die Frage, ob und inwieweit die möglichen anderweitigen rechtlichen Auswirkungen der Straftat von "derselben Rechtssache" mit umfaßt werden.

Der Begriff basiert im Strafprozeß gemäß § 264 StPO auf der der Urteilsfindung zugrunde liegenden Straftat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt. Hinsichtlich dieser Straftat ist durch die rechtskräftige Verurteilung ein Verbrauch der Strafklage eingetreten. "Dieselbe Rechtssache" im Sinne der genannten Bestimmung ist die Straftat in ihren wesentlichen Bezügen. Dasselbe Geschehen kann deshalb nicht noch einmal einer strafrechtlichen Beurteilung unterliegen, weil die Straftat später rechtlich anders beurteilt wird oder sich weitere Umstände herausgestellt haben, die die Tat unter Umständen in einem anderen rechtlichen Licht erscheinen lassen. Es fallen hierunter auch Geschehnisse, die als unvollständiger Teil des einheitlichen Geschehens in der Aussenwelt - sei es als straflose Vor- oder Nachtat - anzusehen sind. Eine andere Straftat und damit kein Verbrauch der Strafklage liegt danach vor, wenn ein von der abgeurteilten Tat tatsächlich wesentlich (auch zeitlich) abweichende neue Tat der Urteilsfindung unterliegt.

Diese strafprozessuale Begriffsbestimmung hilft aber für den strafrechtlichen Begriff nicht wesentlich weiter. Richtig ist, daß auch im Sinne des § 812 dasselbe historische Ereignis in der Aussenwelt "derselbe Rechtssache" bildet. Wenn daher der Anwalt X. für A. einen Gegenstand gemäß § 985 BGB gegen B. gerichtlich geltend macht, während des Verfahrens die Klage zurückzieht und anschliessend für C. denselben Gegenstand auf Grund desselben Sachverhalts aus § 812 BGB einklagt, so handelt es sich eben wegen desselben Sachverhalts um "derselbe Rechtssache". Für die wichtige Frage, ob und inwieweit die aus einem historischen

Ereignis abzuleitenden Rechtsfolgen noch "dieselbe Rechtssache" betreffen, kann aber der strafprozessuale Begriff nicht weiterhelfen, denn dieser beschränkt sich auf die Tat und seine strafrechtliche Beurteilung und läßt die anderweitigen möglichen Rechtsfolgen ausser Betracht, ganz abgesehen davon, daß nach der Strafprozeßordnung die Beurteilung der Tat maßgebend ist, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung objectiv darstellt, im Falle des § 356 aber der vom Mandanten anvertraute Vorgang mit den sich hieraus ergebenden Begrenzungen maßgebend ist. Die Entscheidung der Frage, ob sämtliche möglichen oder nur einzelne Rechtsfolgen aus einem einheitlichen Lebensvorgang als "dieselbe Rechtssache" anzusehen sind, kann nur wieder im Hinblick auf den erteilten Auftrag und das Ziel des Auftraggebers gefällt werden. Die objective Theorie führt gerade hier zu einer unangemessen weiten Ausdehnung des Begriffs, denn sie müßte nicht nur die unmittelbaren sondern auch die mittelbaren rechtlichen Auswirkungen in den Begriff einbeziehen.¹⁾ Sie entfernt sich damit von der Grundlage, dem erteilten Auftrag und den Interessen, wie der Mandant sie sieht.

Wenn RA X. den F. in einem Strafverfahren wegen Körperverletzung und Verstosses gegen das StVG, dem ein Verkehrsunfall mit K. zugrunde liegt, verteidigt und anschliessend für F. im Zivilprozess Schadensersatzansprüche gegen K. geltend macht, so bilden nach dem Willen des Auftraggebers sämtliche straf- und zivilrechtlichen Folgen des Verkehrsunfalls "dieselbe Rechtssache", auch soweit sie über F. und K. hinausgehen, auf die sich der Auftrag formell beschränkte. Nach dem ausgesprochenen oder mutmaßlichen Willen des F. sollte es dem X. untersagt sein, den anvertrauten Sachverhalt zivilrechtlich zu seinem Nachteil auszuwerten. Dieser Wille des Auftraggebers ist zwar nicht unmittelbar aus dem Auftrag und dem Prozeßziel gegenüber K. zu entnehmen. Er ergibt sich jedoch aus der Interessenlage des F. Dasselbe muß übrigens auch gelten, wenn X. die Interessen des F. nur im Vorverfahren aber nicht in der Hauptverhandlung wahrgenommen hätte. X. durfte daher die Interessen des Beifahrers des F., A., der bei dem Unfall verletzt wurde, nicht gegen F. wahrnehmen. Zwar würde X. durch die Vertretung des A. gegen F. nicht unmittelbar hintertreiben, was er in dem Straf-

1) Wolff S. 124, 125 spricht von tatsächlicher, rechtlicher und wirtschaftlicher Einheit, wobei die rechtliche Einheit die entscheidende Grundlage bildet. Kalsbach (Anw. Bl. 1954 S. 188) von dem tatsächlichen Gesamtkomplex, der als einheitlicher aufgefaßt werden müsse, ähnlich Haferland S. 77

und Zivilrechtsverfahren gegen K. zu erreichen versucht hätte. Der mutmaßliche Wille des Auftraggebers ging aber dahin, daß X. denselben historischen Vorgang, aus dem er im Zivilprozeß Ansprüche gegen K. herzuleiten und im übrigen im Strafverfahren möglichst im Sinne eines Freispruchs auszuwerten versuchte, nicht im umgekehrten Sinne im Interesse des A. gegen F. würdigte. Es kann dabei keine Rolle spielen, ob A. und F. auch gemeinsam daran interessiert waren, daß die Versicherung des F. den Schaden des A. bezahlte, denn wie der BGH¹⁾ mit Recht ausführt, konnte die Haftung der Versicherung zweifelhaft sein. X. aber hatte das Mandat nicht nur gegen den Versicherungsverein sondern auch gegen F. übernommen. Es handelt sich daher um "dieselbe Rechtssache".

Aus denselben Erwägungen ist regelmässig die gleichzeitige oder nachfolgende Vertretung des Täters im Strafverfahren z.B. wegen Diebstahls, Unterschlagung, Hehlerei, Betruges, wegen eines schuldhaft verursachten Verkehrsunfalls oder aus einem anderen Grunde und des Geschädigten "dieselbe Rechtssache". Wenn daher X. den F. nur im Strafverfahren verteidigt und anschließend den K. im nachfolgenden Schadensersatzprozess gegenüber F. vertreten hätte, so wäre auch "dieselbe Rechtssache" gegeben.²⁾ Der Begriff "derselben Rechtssache" ist nach dem mutmaßlichen Willen des Mandanten bei einer Straftat nicht nur auf die zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche beschränkt sondern auf jegliche anderen rechtlichen Auswirkungen z.B. auch hinsichtlich des Bestandes einer Ehe oder eines Verlöbnisses zu erstrecken.³⁾

Cüppers⁴⁾ steht auf dem Standpunkt, daß bei einer anvertrauten Verteidigung wegen einer bestimmten Straftat sich "dieselbe Rechtssache" auf die Straftat beschränke, wenn der Auftrag nur für die Verteidigung erteilt sei. Die Übernahme der Vertretung der Ehefrau im Scheidungsverfahren, das auf die Straftat gestützt ist, betrifft nach Cüppers nicht "dieselbe Rechtssache."

Die Beschränkung des Begriffs gerade bei einer Verteidigung wegen einer Straftat ist aber nicht einzusehen. Konsequenter wäre nur eine Beschränkung auf den Umfang des erteilten Auftrages in

1) BGHSt 7 S. 261 ff

2) im Ergebnis ebenso Haferland S. 77 f, vergl. im übrigen S. 110 f.

3) vergl. BGU 4 StR 616/54 U.v. 10.3.1955; auf die Verbindung zwischen Strafverfahren und Zivilrechtsverfahren durch § 823 II BGB kommt es nicht an; vergl. ferner Haferland S. 77

4) Anm. zu OLG München in NJW 1950 S. 239. Er faßt den Begriff rein formal im Sinne der Nämlichkeit des Verfahrens, vergl. sein Erläuterungswerk zur RA0brZ 1949 S. 62.

in jedem Fall. Eine solche Beschränkung würde jedoch den Interessen des Mandanten, die durch § 356 geschützt werden sollen, nicht gerecht werden.

Konsequenter ist schon Schönke-Schroeder¹⁾, der "dieselbe Rechtssache" nur bei Personenidentität annimmt, "Dieselbe Rechtssache" wäre regelmässig dann nicht gegeben, wenn es sich um eine Straftat und ihre zivilrechtlichen Folgerungen handelt. Die Einschränkung würde sich aber nicht nur im Verhältnis Straftat und zivilrechtliche Folgerungen auswirken. Sie würde in vielen Fällen den erforderlichen Schutz des Mandanten gegen die negative Auswertung eines anvertrauten Sachverhalts aufheben. Andererseits wird aber die notwendige Einschränkung der Rechtssachenidentität bei Geltendmachung von Einzelansprüchen aus einem Rechtsverhältnis durch die Forderung der Personenidentität nicht vorgenommen.

In jedem Fall, wo mehrere Rechtsfolgen aus einem einheitlichen Lebensvorgang in Frage stehen, ist jedoch zunächst sorgfältig zu prüfen, ob dem Rechtsbeistand nur die Interessen im Strafverfahren oder darüber hinaus auch die persönlichen und sachlichen Rechtsfolgen anvertraut sind. Nur wenn der Auftrag formell auf eine einzelne rechtliche Auswirkung eines Geschehens beschränkt ist, kann die Frage aufgeworfen werden, ob nicht nach dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen ein weitergehendes Interesse mit anvertraut ist. Die Rechtsfolgen eines einheitlichen Lebensvorganges bilden aber mit diesem nur dann eine rechtliche Einheit, wenn es sich auch um die rechtlichen Auswirkungen desselben handelt. Wird also die Scheidungsklage, die als Folge der Straftat eingeleitet wird, nicht auf die Straftat gestützt, so liegt nicht "dieselbe Rechtssache" vor. Dieses Ergebnis findet seine Begründung darin, daß die Treueverpflichtung sich nicht über das anvertraute historische Ereignis hinaus erstrecken kann.

Vertritt der Verteidiger des Ehemannes die Ehefrau nicht in dem Scheidungsverfahren, das auf die Straftat gestützt ist, wohl aber in dem nachfolgenden Unterhaltsrechtsstreit oder in dem Sorgerechts- und Hausratsauseinandersetzungsverfahren, so ist "dieselbe Rechtssache" nicht mehr gegeben. Es würde auch willkürlich erscheinen, die Identität dann zu bejahen, wenn der andere Rechtsbeistand, der die Ehefrau im Scheidungsprozess vertritt, die Klage auf die Straftat stützt, bei Nichtbenutzung

1) III 2 zu § 356. Die erst von der 7. Auflage an vorgenommene Einschränkung des Begriffs entbehrt jedoch einer Begründung.

der Straftat aber die Identität für die nachfolgenden Verfahren abzulehnen. Die Straftat selbst ist ohne rechtlichen Einfluß auf die Nachfolgeverfahren. In dem Sorgerechtsverfahren sind z.B. neben der Entscheidung des Ehescheidungsurteils nur die Belange der Kinder von Bedeutung. Für das Unterhalts- und Hausratsauseinandersetzungsverfahren kommen auch nur Belange in Frage, die im Strafverfahren keine Rolle gespielt haben.

Die Frage, welche rechtlichen Interessen dem Rechtsbeistand mit einem einheitlichen Lebensvorgang mit anvertraut sind und deshalb "dieselbe Rechtssache" bilden, kann auch ausserhalb des Strafrechts von Bedeutung sein. Ein Beispiel aus der Praxis mag dieses belegen.

In einem Rechtsstreit hatte der Rechtsanwalt X. die Eheleute F. gegen W., der wegen angeblich falscher Zusicherungen bei Abschluß eines Kaufvertrages über einen Gegenstand in Anspruch genommen wurde, vertreten. Später gingen die Eheleute auch gegen den Vermittler V. vor, weil er die Garantie für die Richtigkeit der Zusicherungen des W. übernommen habe. X. übernahm die Vertretung des V. Das RG nahm "dieselbe Rechtssache" an.¹⁾

Für die Prüfung der Rechtssachenidentität ist auszugehen von der Frage, welche Interessen die Eheleute F. dem X. anvertraut hatten. Beschränken sich diese auf die Person des W. oder erstrecken sie sich auf sämtliche möglichen rechtlichen Folgen aus dem Kaufvertrag, also auch auf solche Folgen, deren Verfolgung bei Durchführung des Prozesses gegen W. möglicherweise noch gar nicht vorgesehen war? Nach der subjectiven Theorie kann nur ein solches Interesse als mitanvertraut gelten, das nach dem ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Auftraggebers in den anvertrauten Interessenkreis mit einbezogen werden sollte. Das ist aber nur bezüglich solcher Interessen möglich, die bereits bei Anvertrauung an X. vorhanden waren. Nach der objectiven Theorie können auch solche Interessen als mitanvertraut gelten, die bei Auftragserteilung des ersten Mandanten an X. nur der rechtlichen Möglichkeit nach vorhanden waren oder wo das Gegeninteresse erst später entstand. Hatten die Eheleute F. bei der Erteilung des Auftrages an X. zwar schon die Absicht später gegen den Vermittler V. vorzugehen, haben sie diese rechtliche Möglichkeit aber nicht zu erkennen gegeben und war sie auch aus dem anvertrauten Sachverhalt in keiner Weise zu entnehmen, so kann auch das Interesse gegenüber V. nicht als mitanvertraut gelten und mit den gegen W. anvertrauten Interessen eine rechtliche Einheit

1) RG In JW 1937 S. 2964.

bilden.

Nach der objectiven Theorie wäre die Lösung im vorstehenden Fall einfacher. Die subjective Theorie führt aber gerade in einem solchen Falle zu einer gerechteren Lösung, weil sie entsprechend dem geschützten Rechtsgut den Begriff auf das rechtliche Interesse beschränkt, das den Umständen nach mitanvertraut werden sollte.

Im wesentlichen kommt jedoch die objective Theorie hinsichtlich des Umfangs des Rechtssachenbegriffs bei einem einheitlichen Lebensvorgang zu denselben Ergebnissen wie die subjective Theorie, jedoch mit der nicht zutreffenden Begründung, daß bereits der einheitliche Lebensvorgang mit allen seinen möglichen rechtlichen Auswirkungen die Identität begründe.¹⁾

8) Beschränkung des rechtlichen Interesses.

Sind nach dem mutmaßlichen Willen des Mandanten auch vielfach rechtliche Interessen als mitanvertraut anzusehen, die über den formell erteilten Auftrag hinausgehen, so ergibt sich daraus als logische Konsequenz, daß nach dem ausdrücklichen Willen des Auftraggebers seine Interessen auf die in dem formellen Auftrag enthaltenen Interessen beschränkt werden können. Ein mutmaßlicher Wille zur Interessenerweiterung kann und darf nur solange berücksichtigt werden, wie nicht der ausdrücklich erklärte Wille die Interessenerweiterung ausschließt, mithin die Interessen auf den erteilten Auftrag beschränkt. Grundsätzlich ist solche Beschränkung auf allen Rechtsgebieten zulässig; sie kann sich also beziehen auf die strafrechtlichen Folgen oder auf personenrechtliche Auswirkungen eines Geschehens, je nach der gegebenen Interessenlage. Aus welchem Grunde eine solche Beschränkung vorgenommen wird, sei sie ethischer oder praktischer Natur, ist ohne Belang. Die Beschränkung muß jedoch im Augenblick des Anvertrauens bzw. der Auftragserteilung erfolgen. Durch eine nachträgliche Einschränkung z.B. durch eine nachträgliche Einwilligung des Beschuldigten in die Vertretung der Ehefrau im Scheidungsverfahren, das auf die Straftat gestützt ist, in die Verteidigung des Beschuldigten oder in die Vertretung des Geschädigten im Zivilprozess kann "dieselbe Rechtssache" nicht mehr eingeschränkt werden. Die Beschränkung des Interesses kann also nicht nur den Interessengegensatz sondern auch "dieselbe Rechtssache" aus-

1) vergl. die entsprechenden Ausführungen zur Frage des Interessengegensatzes S. 119

schliessen.

So können der durch eine Straftat Geschädigte oder die Ehefrau, die die Scheidung auf die Straftat stützen will, ihr Interesse ausdrücklich auf die Vertretung im Zivilrechtsverfahren beschränken, wenn sie z.B. der Ansicht sind, daß das Strafverfahren ohne Einfluß auf das Zivilrechtsverfahren sei, weil der Täter geständig ist, die zivilrechtliche Forderung bereits anerkannt hat oder die Tatsachen, die den zivilrechtlichen Anspruch begründen, offenbar sind oder die nötigen Beweise leicht erbracht werden könnten. Schließlich könnte die Ehefrau auch im Interesse des Rufs ihrer Familie an einer möglichst geringen Strafe und deshalb an einer Verteidigung ihres Ehemannes durch ihren eigenen tüchtigen Anwalt interessiert sein. Selbst wenn der Mandant aber bei der Beschränkung von objectiv falschen Voraussetzungen, von einem Irrtum ausgegangen wäre oder sich die Umstände, die das Motiv für die Beschränkung bildeten, geändert hätten z.B. infolge eines Widerrufs eines Geständnisses, so wäre das ohne Einfluß auf die bereits vorgenommene Interessenbeschränkung. Eine Interessenerweiterung gegenüber dem Rechtsbeistand könnte nur mit dessen ausdrücklichem Einverständnis erfolgen. Die Annahme eines Angebots zur Übernahme eines solchen erweiterten Interesses wäre dann nicht möglich, wenn der Rechtsbeistand mit Rücksicht auf die frühere Interessenbeschränkung bereits ein anderes Interesse übernommen hätte, das nunmehr mit dem erweiterten Interesse im Widerspruch stehen würde. Würde der Mandant in einem solchen Falle auf der Übernahme des erweiterten Interesses bestehen, so wäre der Rechtsbeistand wahrscheinlich genötigt, das Mandat niederzulegen.

Ob eine mögliche Beschränkung der anvertrauten Interessen auf den Gegenstand des Auftrags erfolgt ist, ist im Einzelfall sorgfältig zu prüfen. Sie ist nur anzunehmen, wenn sie ausdrücklich erklärt wird oder sich aus den Umständen einwandfrei ergibt.

In einer BGH-Entscheidung hatte der RA X. den A. in einer Notzuchtssache, an der die B. als Verletzte beteiligt war, verteidigt. Für den anschliessenden Schadensersatzprozess der B. gegen ihn übertrug A. die Wahrnehmung seiner Rechte einem anderen Anwalt. Es erscheint bedenklich, in einem solchen Falle aus den Umständen, nämlich aus der späteren Übertragung der zivilrechtlichen Interessen auf einen anderen Anwalt zu schliessen, A. habe dem X. von vornherein nur ein auf den Strafprozeß

beschränktes Interesse übertragen wollen. Es könnte durchaus sein, daß A. mit der Art der Verteidigung des X. unzufrieden war und sich deshalb erst nachträglich, d.h. jedenfalls nach Anvertrauung seiner Interessen an X., entschloß, für den erwarteten Schadensersatzprozess einen anderen Anwalt zu beauftragen.

Die Prüfung, ob eine Beschränkung eines rechtlichen Interesses erfolgt ist, erübrigt sich jedoch, wenn die Überprüfung der Interessenlage der Beteiligten ergibt, daß diese nur scheinbar, in Wirklichkeit aber nicht entgegengesetzte Interessen anvertraut hatten.

Wird ein bestimmter historischer Vorgang z.B. eine Straftat dem Rechtsbeistand vom Geschädigten zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen oder von der Ehefrau zur Verwendung im Ehescheidungsverfahren anvertraut, so braucht die nachfolgende Verteidigung des Täters durchaus nicht "dieselbe Rechtssache" zu sein. Ist das Ehescheidungsverfahren oder der Schadensersatzprozeß rechtskräftig abgeschlossen, so kann es dem Erstauftraggeber gleichgültig sein, ob sein Rechtsbeistand nunmehr den Täter im Strafverfahren verteidigt, da das Strafverfahren auf das bereits abgeschlossene Zivilrechtsverfahren nicht mehr zurückwirken kann. In jedem Falle sind die anvertrauten Interessen nur im Zeitpunkt der Anvertrauung zu berücksichtigen. Rechtliche Möglichkeiten wie z.B. ein Wiederaufnahmeverfahren bezüglich eines Zivilrechtsprozesses haben für die Begriffsbestimmung ausser Betracht zu bleiben, wenn sie sich weder aus den anvertrauten Interessen ergaben noch auch für einen objectiven Dritten im Bereich der voraussehbaren Möglichkeiten lagen. Eine sorgfältige Prüfung des Umfanges der anvertrauten Interessen ist daher in jedem Falle notwendig.

§) Erledigung der Rechtssache.

Eine Beschränkung der anvertrauten Interessen kann aber nicht nur vom Willen des Auftraggebers sondern auch vom Streitgegenstand her vorliegen. So kann der Kreis der anvertrauten Interessen von vornherein so begrenzt sein, daß mit Erledigung des erteilten Auftrages die Rechtssache als solche zu bestehen aufgehört hat. Ausserhalb dieses engbegrenzten anvertrauten Interessenkreises kann dann "dieselbe Rechtssache" nicht mehr vorliegen. Indessen werden solche Fälle die Ausnahme bilden, da regelmässig die anvertrauten rechtlichen Interessen auch über das formelle Ende des Auftrages hinaus rechtliche Wirkungen erzeugen. Lehrreich

ist, ist eine bereits im Hinblick auf den Interessengegensatz besprochene RG-Entscheidung.¹⁾

Mit der Unterbreitung des rechnerisch bezifferten Vergleichsvorschlages unter gleichzeitiger Offenbarung der Vermögensverhältnisse und der Entgegennahme der Entschliessungen der Gläubiger ohne gleichzeitige Anvertrauung des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses hat mit der Erledigung des Mandats auch die Rechtssache zu bestehen aufgehört. Ob und wie weit noch Rechtsfolgen nach Beendigung des Mandats vorhanden sind, kann jeweils nur im Hinblick auf das erstrebte Ziel festgestellt werden. Beendigung der Rechtssache muss deshalb auch angenommen werden, wenn der Rechtsbeistand nur mit der Vornahme einer einzelnen Prozeßhandlung beauftragt ist, ohne in das zugrunde liegende Rechtsverhältnis eingeweiht zu sein. So ist auch eine Prozeßhandlung, die sich auf die Abgabe einer Rechtskrafterklärung im Scheidungsprozeß beschränkt, ohne nachwirkende Rechtsfolgen. Zwar ist der Rechtsanwalt verpflichtet, den Mandanten sorgfältig über die rechtlichen Folgen eines solchen Verzichts zu belehren. Er braucht sich aber von ihm nicht in den Ablauf des bisherigen Verfahrens einweihen zu lassen.

In einer Entscheidung vom 11.1.1955²⁾ hat der BGH auch die Beendigung der Rechtssache mit der Beendigung des Mandats für den Fall angenommen, daß der Anwalt nur beauftragt war, eine mündlich getroffene Vereinbarung über ein abzugebendes Schuldanerkenntnis und eine Sicherungsübereignung im Zusammenhang mit einer Praxiserrichtung schriftlich zu fixieren, ohne von den Beteiligten in das zugrunde liegende sachlich-rechtliche Verhältnis eingeweiht zu sein.

Der Anwalt hat nicht nur eine Formalhandlung ausgeführt. Der Begriff der Rechtssache erfordert nicht, daß die Tätigkeit des Rechtsanwalts unmittelbar rechtliche Wirkungen erzeugt. Der Anwalt mußte aber, um eine einwandfreie schriftliche Fixierung vornehmen zu können, von den Parteien das mündlich Vereinbarte erforschen. Die Aufsetzung eines mündlich bereits geschlossenen Vertrages in rechtlich einwandfreier Form gehört durchaus in den Aufgabenbereich des Rechtsbeistandes. Ein späterer Rechtsstreit zwischen den Vertragspartnern um Rechte aus dem Vertrage betrifft daher nicht "dieselbe Rechtssache".

1) RGSt 66 S. 103 (104 ff.), siehe auch S. 137

2) BGH 2 StR 128/51, ebenso Schonke-Schroeder III 3 b zu § 356

d) Zusammenfassung der verschiedenen Auffassungen
über die Auslegung des Begriffs "derselben Rechtssache."

Nach der objectiven Theorie kommt es für den Begriff nur auf den einheitlichen anvertrauten Tatsachenkomplex mit allen seinen durchaus möglichen rechtlichen Auswirkungen, nicht auf die rechtliche Verschiedenartigkeit der Behandlung desselben Streitstoffs an. Die Einheit wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, daß es an der Personenidentität mangelt. Es genügt, wenn sich der erste Auftraggeber und der Auftraggeber des zweiten Mandats als Parteien gegenüberstehen. Demgegenüber stellt die subjective Theorie in jedem Falle auf den Willen und das Ziel des Auftraggebers ab, soweit sie im Auftrag zum Ausdruck kommen. Danach ergibt sich zwar grundsätzlich keine Beschränkung des Begriffs durch die Verschiedenartigkeit der Verfahren, die Verschiedenheit der Personen und Zeiten. Wenn der Begriff aber seine Begrenzung ausschließlich vom Inhalt und Umfang des Auftrages in Verbindung mit dem erstrebten Ziel erhält, ist die Begriffsbestimmung gegenüber der objectiven Theorie praktisch enger, weil vielfach nur bestimmte rechtliche Auswirkungen zugleich mit dem Sachverhalt anvertraut sind. Die Feststellung, wann eine solche Beschränkung der möglichen rechtlichen Folgen im Einzelfall vorliegt, mag nicht immer einfach sein. Sie ist aber geboten, weil der Rechtsbeistand sonst über Gebühr strafrechtlichen Risiken ausgesetzt wäre und die möglichen rechtlichen Interessen einen Schutz erfahren, die nicht mehr die des Mandanten sind. Vermittelnde oder Zwischenlösungen, die die Grundsätze der einen oder anderen Theorie nur im eingeschränkten Umfang angewandt wissen wollen, befriedigen nicht. Teilweise fehlt es an der nötigen Klarheit, teilweise nehmen sie wie z.B. Schönke-Schroeder¹⁾ und zum Teil Cüppers²⁾ eine Begrenzung auf dieselben Parteien vor, die mit dem Charakter des Delikts entweder als Interessenschutz des Mandanten oder als Schutz der Gradlinigkeit der Rechtspflege und des Anstandes und der Lauterkeit des Anwalts nicht vereinbar ist.

5. "pflichtwidrig"

Das RG und der BGH haben in ständiger Rechtsprechung³⁾ den Standpunkt vertreten, dass unter dem Merkmal "pflichtwidrig"

1) s.S. 165

2) s.S. 164

3) RGSt 45 S. 305 (307), 60 S. 298 (299), 62 S. 289 (295 f), 71 S. 253 (254), 72 S. 133 (139 f), RG in JW 1929 S. 3169, BGH 2 StR 198/51, 4 StR 850/51 - BGHSt 4 S. 80 (82), 5 StR 639/52 U.v. 11.12.52, 3 StR 252/52 U.v. 16.7.53, 5 StR 437/53 U.v. 26.1.54

nicht das allgemeine Verbrechensmerkmal der Pflichtwidrigkeit sondern ein echtes Tatbestandsmerkmal zu verstehen sei, das jedoch nach Art der Blankettvorschriften der Ausfüllung bedürfe. Diese Ausfüllung erfahre es, soweit Rechtsanwälte in Frage kämen, durch die Standesvorschrift des § 31 Ziffer 2 alter bzw. § 32 Nr. 2 RAO neuer Fassung vom 21.2.1936 bzw. durch die entsprechende Vorschrift der von einzelnen Bundesländern nach dem Zusammenbruch erlassenen neuen Rechtsanwaltsordnungen. Nach den angeführten Bestimmungen sei es einem Rechtsanwalt untersagt, eine Berufstätigkeit auszuüben, wenn er in derselben Rechtssache bereits einer anderen Partei seinen Rat oder Beistand im entgegengesetzten Interesse gewährt habe. Durch die Heranziehung dieser Standesvorschrift habe der Tatbestand des § 356 eine wesentliche Einschränkung erfahren,¹⁾ weil danach pflichtwidrig nur eine solche Tätigkeit sei, die im entgegengesetzten Interesse erfolge. "Pflichtwidrig" bedeute also "trotz entgegengesetzter Interessen".²⁾ Statt des Merkmals "pflichtwidrig" hätten nach dieser Auslegung die Worte "trotz entgegengesetzter Interessen" im gesetzlichen Tatbestand enthalten sein können.

Die geschichtliche Entwicklung zeigt, daß das Merkmal ursprünglich anders ausgelegt wurde. Es findet sich bereits im § 329 prStGB, in welche Bestimmung es erst nach der ersten Lesung auf den Vorschlag der Kommission der zweiten Kammer aufgenommen wurde.³⁾ Beseler⁴⁾ erklärt, durch die Aufnahme des Merkmals habe der Zweifel beseitigt werden sollen, als ob schon wegen einer ganz geringfügigen unverfänglichen Dienstleistung die gesetzliche Strafe ein-
RG in LJZ 1929 S. 103 (104). Nach RGSt 58 S. 247 (248) hat "pflichtwidrig" die Bedeutung eines Merkmals des äusseren Tatbestandes. Nach BGHSt 5 S. 284 (287) handelt es sich um ein echtes -nicht normatives- Tatbestandsmerkmal. BGHSt 7 S. 261 (263) bezeichnet jedoch den Interessengegensatz, auf den der BGH seit dieser Entscheidung die Pflichtwidrigkeit beschränkt, als normatives (wertendes) Merkmal. Da das Merkmal des Interessengegensatzes zweifellos normativen Charakter hat, gilt dieses auch für das Merkmal "pflichtwidrig", sofern man ihm eine selbständige Bedeutung innerhalb des Tatbestandes beimißt.

- 1) so BGH 4 StR 850/51 U.v. 20.11.52 - NJW 1953 S. 429, 4 StR 724/53 U.v. 4.2.54 - NJW 1954 S. 726 (728) - BGHSt 5 S. 311
- 2) Der 5. Senat hat in seinem Urteil vom 2.2.54 bei der Prüfung des subjectiven Tatbestandes die Bezugnahme auf die Standesvorschrift auf den Interessengegensatz beschränkt.
- 3) Verschiedene (Ministerial-, Commissions-, Staatsrath-) Entwürfe hatten -abgesehen von einer gegenüber der späteren erweiterten Fassung, die in den endgültigen Gesetzestext nicht aufgenommen wurde - statt des Merkmals "pflichtwidrig" das Merkmal "vorsätzlich", ebenso Artikel 389 des Bayr.StGB von 1861
- 4) Beseler S. 562

treten könnte. Man habe die Rechtsanwälte vor möglichen Schikanen einer Partei sicherstellen wollen. Was unter den unverfänglichen Dienstleistungen zu verstehen sei, erklärt Beseler nicht. Möglicherweise meinte er damit Dienste, die im Grunde nur Formalitäten sind, wie Benachrichtigungen zu Terminen, Hinweise auf offensichtliche, grobe Fehler, Nichterwirkung eines Versäumnisurteils bei Säumnis und andere unter Rechtsanwälten übliche "Hilfen".

Oppenhoff¹⁾ und Berner²⁾ nehmen ein pflichtwidriges Dienen an, wenn ein Anwalt das von seiner Partei in ihn gesetzte Vertrauen mißbrauchend zu ihrem Nachteil für die andere Partei tätig wird. Demgegenüber soll ein nicht pflichtwidriges Dienen der Dienst für beide im gemeinsamen Interesse zur Herbeiführung eines Vergleichs sein.

Aus den angeführten Erläuterungsbüchern ist jedenfalls soviel zu entnehmen, daß das Wort "pflichtwidrig" zur Verdeutlichung der eigentlichen Straftat eingefügt wurde,³⁾ durch ihn also kein neuer unbestimmter Begriff aufgenommen wurde, der seiner Ausfüllung erst durch die entsprechende Norm des Standesrechts bedurft hätte. § 329 prStGB ist auch nicht als Standesdelikt postuliert worden, sodaß ergänzend auf Standesvorschriften hätte Bezug genommen werden müssen. Wäre dieses beabsichtigt gewesen, so wäre die dahingehende Absicht bestimmt in den "Materialien zum Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten" von Coltdammer und in dem Kommentar von Beseler, die sich beide auf amtliche Stellen beziehen, erwähnt worden. Es liegt daher nahe anzunehmen, daß die Ansicht von Oppenhoff und Berner richtig ist, daß durch das Wort "pflichtwidrig" der Vertrauensbruch gegenüber dem Auftraggeber unter gleichzeitigem Hinweis auf das geschützte Rechtsgut als das entscheidende Kennzeichen des Delikts gegenüber allen anderen Handlungen, die keinen Vertrauensbruch darstellen, herausgestellt werden sollte. Jedenfalls hatte das Merkmal keinen Blankettcharakter, sodass zu seiner Ausfüllung Standesnormen des Rechtsanwalts hätten herangezogen werden müssen. Der § 329 prStGB ist - wie bereits erwähnt - sachlich unverändert über das Norddeutsche Strafgesetzbuch in das Reichsstrafgesetzbuch übernommen worden.

Die älteren Kommentatoren⁴⁾ haben deshalb auch das Wort "pflicht-

1) Note 5 zu § 329 prStGB unter Bezugnahme auf den Beschluß vom 14.12.1866 RdO III S. 718

2) "Lehrbuch" 3. Auflage S. 536

3) Die Weglassung des in sämtlichen Entwürfen enthaltenen Wortes "vorsätzlich" sollte sachlich keine Änderung herbeiführen.

4) so Schütze S.483 Note 19 "Mißbrauch der Stellungen- u. Vertrauenspflicht im Gegensatz zu Handlungen im gemeinsamen Interesse, also auch den Vorteil der eigenen Partei bezweckend". Hahn S.483f.

widrig" in § 356 im gleichen Sinne wie Oppenhoff und Berner ausgelegt.¹⁾ Aber auch spätere RG-Entscheidungen²⁾ äussern sich noch im gleichen Sinne.

Die erste indirekte Bezugnahme auf die Standesnorm findet sich in einer RG-Entscheidung aus dem Jahre 1892³⁾, die sich mit der Auslegung des § 31 Ziffer 2 RAO im Zusammenhang mit § 352 StGB für eine pflichtwidrige Handlung dürfen keine Gebühren berechnet werden - beschäftigt. Dennoch soll § 31 Ziff. 2 RAO wesentlich den Fall der Praevarication im Auge haben. Erst durch die folgende Entscheidung zu § 356⁴⁾, wonach § 356 seine Erklärung im § 31 RAO finde, ist § 31 Ziff. 2 RAO in den § 356 hineingezogen worden. Spätere Entscheidungen haben dann das Verhältnis des § 31 Ziff. 2 RAO zu § 356 im Sinne einer blankettausfüllenden Norm auch ohne ausdrückliche Bezugnahme festgelegt.

Diese Bezugnahme auf § 31 RAO ist jedoch nicht zulässig. Es bedarf auch, wie dargelegt ist, keiner Bezugnahme auf Standesnormen.

§ 356 und die entsprechende Bestimmung des § 329 prStGB sind bis zum Inkrafttreten der RAO am 1.10.1879 stetig angewandt worden, ohne daß es einer Ergänzung durch eine ausserstrafrechtliche Norm bedurft hätte oder auf diese Bezug genommen wäre. Soweit erkennbar ist das Merkmal "pflichtwidrig" auch stets in dem Sinne, daß ein Vertrauensbruch vorliegen müsse, in Literatur und Rechtsprechung aufgefaßt worden. Der Täterkreis des § 356 umfaßt nicht nur Rechtsanwälte. Für die übrigen als Täter in Frage kommenden Personenkreise mit Ausnahme der Patentanwälte⁵⁾ existieren aber keine Standesnormen, auf die ergänzend Bezug genommen werden könnte.⁶⁾ § 356 ist auch kein Standesdelikt⁷⁾ und kein Berufsdelikt. Wenn § 356 kein geschlossenes Strafgesetz wäre, könnte die Norm auf die nichtstrafrechtlichen Täter nicht angewandt werden.⁸⁾

1) Auch Meeres in III S. 1017 geht zunächst von der alten Auffassung aus, erklärt dann aber im Widerspruch dazu, daß für den Inhalt der Pflicht § 31 Ziff. 2 RAO maßgebend sei; ähnlich wie Schütze u. Hahn Halschner II S. 1084. Becker S. 27 sieht die Pflichtwidrigkeit als allgemeines Verbrechensmerkmal an, da durch die Zustimmung des Ersturteilgebers die Pflichtwidrigkeit entfalle.

2) RGSt 60 S. 298 (299) u. JW 1929 S. 3169

3) RGSt 14 S. 364 (379)

4) RGSt 23 S. 60 (67)

5) Da das Standesrecht aber erst neueren Datums ist, muß es für das Verhältnis von § 356 zu § 31 Ziff. 2 RAO ausser Betracht bleiben.

6) vergl. Haferland S. 82 u. Laue S. 56

7) ebenso Sauer S. 47, Wolff S. 191 u. 127 a. A. Kalsbach "Standesrecht" S. 247

8) Weimar S. 46 will den Geltungsbereich der Standesnorm auf sämtliche Rechtsgebiete ausdehnen. Eine Begründung hierfür gibt er aber nicht.

Ist es aber ein geschlossenes Strafgesetz, dann ist es für Anwälte und Nichtanwälte gleichmässig, für Anwälte also auch ohne Bezugnahme auf § 31 Ziff. 2 bzw. § 32 RAO neuer Fassung anzuwenden.¹⁾ Sollte § 31 bzw. § 32 RAO eine erhebliche tatbestandsmässige Einschränkung gegenüber § 356 enthalten²⁾, so wäre die Anwendung doch deshalb nicht möglich, weil die Standesnorm auf Nichtanwälte nicht Anwendung finden könnte.

Es ist weiter folgendes zu bedenken: Das Merkmal "pflichtwidrig" oder "wider die Pflicht" ist unbestimmt. § 356 besagt nicht, was darunter zu verstehen ist. Das RG, der BGH und ein Teil des Schrifttums so Busch³⁾, Becker⁴⁾, Ebner⁵⁾, Frank⁶⁾, Neumeyer⁷⁾, Schmidt-Leichner⁸⁾, Gnodtke⁹⁾, Schönke-Schroeder¹⁰⁾, Warda¹¹⁾ und andere haben deshalb § 356 als Blankettgesetz bezeichnet, das hinsichtlich des unbestimmten Merkmals "pflichtwidrig" für Rechtsanwälte durch § 31 Ziff. 2 alter bzw. § 32 Nr. 2 RAO neuer Fassung ausgefüllt werde.

Welzel¹²⁾ und Lange¹³⁾ haben darauf hingewiesen, daß Blankettgesetze, eine Domäne des Nebenstrafrechts, vornehmlich reinen Ordnungscharakter haben. Sie sollen die Angleichung der Strafbestimmungen an zeitlich oder räumlich wechselnde Verhältnisse

1) Die Pflichtwidrigkeit kann deshalb entgegen Geppert S.97 unter Bezugnahme auf die jeweilige Rechtsanwaltsordnung auch nicht als Hinweis auf besondere, einem bestimmten Täterkreis auferlegte Pflichten angesehen werden. Die RAO kann kein Verhalten gestatten, das nach § 356 unter Strafe gestellt ist und tut es auch nicht. Die RAO ist auch keine "Gegennorm", die ein tatbestandsmässiges Verhalten für gerechtfertigt erklären könnte. Da die Tatbestandsmässigkeit die Rechtswidrigkeit indiziert, bedarf es entgegen Geppert auch keines besonderen Wertungsmoments.

2) vergl. RGSt 23 S. 60 (67)

3) "Über die Abgrenzung von Tatbestands- u. Verbotsirrtum" in Festschrift für Mezger S. 172

4) S. 26, jedoch nicht ganz eindeutig

5) S. 58

6) II 2 zu § 356. Frank nimmt sachlich Blankettcharakter an, ohne es ausdrücklich zu erwähnen.

7) Er bezeichnet § 356 nicht ausdrücklich als Blankettgesetz, nimmt aber für das Merkmal "pflichtwidrig" auf die jeweils geltende Standesordnung Bezug, vergl. "Vergl. Darst." IX S. 507

8) "Zur Problematik des Parteiverrats" in NJW 1953 S. 405. Da in dem Merkmal "pflichtwidrig" die Vertretung beider Parteien im entgegengesetzten Interesse liege, würde sich dies auch ohne positive Regelung als ungeschriebenes Anwaltsrecht aus dem Wesen der Anwaltstätigkeit ergeben.

9) S. 38 f

10) III 2 zu § 356

11) "Die Abgrenzung von Tatbestands- u. Verbotsirrtum bei Blankettstrafgesetzen" in "Neue Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen", Heft 5 S. 37

12) in JZ 1954 S. 278 f

13) in JZ 1956 S. 75 Note 3

erleichtern. Der Parteiverrat gehört aber, wie Lange sagt, zum Kernbestand unseres Strafrechts. Er ist ein delictum per se in unserer Kultur- und Sozialwelt.

Wenn "pflichtwidrig" aber nichts anderes bedeuten soll, wie "trotz entgegengesetzter Interessen", so ist nicht einzusehen, warum dann dieses Merkmal nicht von vornherein in den Tatbestand aufgenommen worden ist, wenn es nicht schon - wie hier angenommen wird - im Parteibegriff enthalten ist.

Wäre § 356 eine Blankettbestimmung, so wäre die Standesnorm im ganzen zur Ausfüllung d.h. zur Begründung des strafbaren Verhaltens erforderlich. Die RAO enthält aber schon äusserlich zum wesentlichen Teil dieselben Merkmale wie die Strafbestimmung z.B. "dieselbe Rechtssache", "Partei" und das Merkmal "dienen". Das letzte ist in der RAO durch "Gewährung der Berufstätigkeit" umschrieben. Es bleiben als unterschiedlich - es bedeutet sachlich keinen Unterschied, wie bereits dargelegt, wenn § 356 von "beiden Parteien", § 31 bzw. § 32 RAO nur von einer "anderen Partei" spricht ¹⁾ - die Worte "trotz entgegengesetzter Interessen", die § 356 nicht enthält. Aber auch dieser Unterschied ist nur ein scheinbarer. Die entgegengesetzten rechtlichen Interessen sind bereits Bestandteil des Begriffs der "Partei" ²⁾ und als solche echtes, wenn auch ungenanntes, Tatbestandsmerkmal des § 356. Die Hereinnahme des § 31 bzw. § 32 RAO würde also, von dem unwesentlichen Unterschied "beide Parteien" bzw. "andere Parteien" abgesehen, nichts Neues bringen. Der Unterschied besteht in rechtlicher Beziehung lediglich darin, daß ohne die Bezugnahme auf die Standesordnung eine Praevarication bereits gegeben wäre, wenn der Rechtsbeistand mehreren Personen (mindestens zwei) mit widerstrebenden Interessen in derselben Rechtssache auch bei Beratung im gleichem Sinne diene, während bei Bezugnahme auf die RAO der Dienst gegenüber der zweiten Partei nur strafbar wäre, wenn der Rechtsbeistand der ersten Partei bereits im entgegengesetzten Interesse gedient hätte. ³⁾ Der Zweck der Strafnorm dürfte aber bereits gegeben sein, wenn der Rechtsbeistand mindestens zwei Perso-

1) siehe S. 82

2) siehe S. 75 BGHSt 4 S. 80 (84) nimmt aber durch die angeblich notwendige Hereinnahme des Begriffs der "entgegengesetzten Interessen" aus der RAO in den § 356 eine wesentliche tatbestandsmässige Einschränkung an.

3) so Laue S. 57, Riffel S. 47 f, RG in JW 1915 S. 48 u. in DJZ 1926 S. 1497, BGHSt 3 S. 400 (402), 4 S. 80 (82), 5 S. 284 (287) u. 301 (306).

nen, die in derselben Rechtssache entgegengesetzte Interessen vertreten, gleichzeitig oder nacheinander - wenn auch im gleichen Sinne - berät, denn der Vertrauensbruch liegt bereits darin, daß der Rechtsbeistand sich überhaupt mit einer Person einläßt, die in derselben Rechtssache entgegengesetzte Interessen vertritt, mag sich eine solche Beratung auch zum Vorteil der Erstpartei auswirken.

Die Worte "trotz entgegengesetzter Interessen" würden also die Strafbarkeit wie beim echten Blankett nicht begründen sondern sie, wenn auch nur ganz geringfügig, einschränken. Boedicker¹⁾ und Wolff²⁾ erklären aber mit Recht, daß in dem Hinweis auf die Standesvorschrift keine tatbestandsmässige Einschränkung liege, da der Begriff der entgegengesetzten Interessen in den Tatbestandsmerkmalen "Partei" und "dieselbe Rechtssache" enthalten sei. Wenn beide Merkmale aber bereits im strafrechtlichen Tatbestand enthalten sind, bedarf es entgegen Boedicker nicht des Hinweises auf die Standesvorschrift.

Es liegt auch, worauf Welzel³⁾ mit Recht hinweist, ein erheblicher Widerspruch in der Annahme, § 31 bzw. § 32 RAO fülle ein tatbestandliches Loch des § 356 aus und schränke ihn zugleich ein, was zur Voraussetzung hätte, das ein vollständiger Tatbestand, mithin kein tatbestandliches Loch vorhanden wäre. Welzel bezeichnet daher das Verhältnis der Standesnorm zu § 356 mit Recht als das zwischen Norm und Strafgesetz. Verbot und Strafdrohung sind im § 356 nicht getrennt. Der Tatbestand des § 356 ist auch ohne die RAO vollständig, d.h. umschreibt das verbotene Verhalten abschliessend.

Wie die Aufnahme des Wortes "rechtswidrig" z.B. im § 240 StGB das Strafgesetz noch nicht zu einem Blankettgesetz macht, obwohl unter Umständen ausserstrafrechtliche Normen zur Prüfung der Frage, ob Rechtsfertigungsgründe gegeben sind, heranzuziehen sind, so gilt dasselbe für das Merkmal "pflichtwidrig". In beiden Straftatbeständen fehlt es an der tatbestandsmässigen Ergänzungsbedürftigkeit durch ausserstrafrechtliche Vorschriften.

Nach den überzeugenden Darlegungen Welzel's gegen die Annahme, daß § 356 ein Blankettgesetz sei, schien der BGH die Bezugnahme auf die RAO fallengelassen zu haben, denn in der Entscheidung vom 2.12.1954 wird nur noch - jedoch ohne Begründung - erklärt, daß "pflichtwidrig" trotz entgegengesetzter Interessen" bedeute.

1) in "Probleme des Parteiverrats", Der Parteibegriff

2) S. 131 f. 135

3) "Der Parteiverrat und die Irrtumsprobleme" (Tatbestands-).

Die Ansicht von Welzel¹⁾ und Lindemaier-Möhring²⁾, daß der BGH durch das Urteil vom 2.12.1954 zu erkennen gegeben habe, daß das Merkmal "pflichtwidrig" seine inhaltliche Bestimmung nicht durch die Standesvorschrift erfahre, sondern daß der Straftatbestand bereits den Inhalt der Standesvorschrift enthalte, dürfte nicht richtig sein. Jedenfalls ist in dem Urteil vom 15.11.1955 wieder für das Merkmal "pflichtwidrig" auf die entsprechende Standesvorschrift Bezug genommen worden. Auch im Urteil vom 24.11.1955³⁾ finden wir die Bezugnahme auf die RAO und damit die Rückkehr zu der traditionsgebundenen, wohl kaum aber begründeten, Ansicht über die Ergänzungsbedürftigkeit des § 356 wieder vor. Wenn daher das Urteil vom 2.12.1954 ohne Bezugnahme auf die Standesvorschriften feststellt, daß sich die Beteiligten als Personen mit entgegengesetzten Interessen gegenüberstehen, so dürfte die Weglassung der Bezugnahme nicht einer beabsichtigten Änderung entsprechen,⁴⁾ sondern mehr zufälligen Charakter haben, zumal es nahegelegen hätte, eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung in diesem wichtigen Punkte deutlich zum Ausdruck zu bringen. Wenn die Entscheidung vom 21.8.1956 als "pflichtwidrig"-wieder ohne Bezugnahme auf die RAO - eine Tätigkeit bezeichnet, die trotz entgegengesetzter Interessen erfolgt, so dürften aber auch hieraus keine Rückschlüsse auf eine beabsichtigte Änderung zu ziehen sein, weil es in der vorgenannten Entscheidung weder um den Begriff "pflichtwidrig" noch um den Interessengegensatz ging. Das OLG Hamm⁵⁾ sieht in der Entscheidung vom 15.3.1955 durch die Bezugnahme auf die Standesvorschrift § 356 offensichtlich als Blankettgesetz an, auch wenn es § 356 nicht ausdrücklich als solches bezeichnet.

Welzel sieht die Pflichtwidrigkeit als Unterart der Rechtswidrigkeit, als allgemeines Verbrechensmerkmal an, das nicht besonders hätte erwähnt zu werden brauchen.⁶⁾ Von Pflichtwidrigkeit statt Rechtswidrigkeit ist die Rede, wenn dem Täter eine besondere Pflicht, z.B. auf Grund einer gesetzlich oder vertraglich begründeten Fürsorgepflicht, eines vorangegangenen Tuns oder eines

1) Anm. zu BGH 4 StR 381/54 in JZ 1955 S. 454

2) "Nachschlagewerk des BGH" zu BGHSt 7 S. 17

3) BGH 4 StR 402/55

4) entgegen Welzel in JZ 1955 S. 455. Das BGH-Urteil vom 24.3.55 spricht zwar nicht mehr von Blankett, enthält aber noch die Bezugnahme auf die Standesvorschrift, die bei Nichtergänzungsbedürftigkeit des § 356 überflüssig wäre.

5) in NJW 1955 S. 803

6) ebenso Geppert S. 97

geschenkten Vertrauens in einer besonderen Lage wie beim Verhältnis zwischen Rechtsbeistand und Mandant obliegt. Die Pflichtwidrigkeit ist nach Welzel¹⁾, Haferland²⁾, Binding³⁾ und Hogrefe⁴⁾ immer gegeben, wenn der objective und subjective Tatbestand erfüllt, der Täter also vorsätzlich für mehrere gegensätzlich Beteiligte in derselben Rechtssache beruflich tätig wird. Sie ist wie die Rechtswidrigkeit allgemeines Verbrechenmerkmal und hat mit der Tatbestandshandlung nichts zu tun.⁵⁾⁶⁾ Wenn sie trotzdem im Zusammenhang mit dem Tatbestand hier behandelt wird, so nur deshalb, weil das Merkmal von der herrschenden Lehre insbesondere dem RG und dem BGH als echtes Tatbestandsmerkmal behandelt wird. Lange⁷⁾, der wie Welzel den Blankettcharakter des § 356 ablehnt, ist jedoch der Meinung, dass die Pflichtwidrigkeit ein echtes kognitives Merkmal sei, das den Widerstreit der Interessen enthalte. Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, weil der Widerstreit der Interessen bereits Bestandteil des Parteibegriffs ist und deshalb nicht zugleich der Pflichtwidrigkeit sein kann.

Nicht klar ist die Auffassung von Kalsbach⁸⁾, der einerseits mit Welzel § 356 nicht als Blankettgesetz sondern die Pflichtwidrigkeit als Unterart der Rechtswidrigkeit ansieht, andererseits aber doch die Pflichtwidrigkeit als Tatbestandsmerkmal im Sinne des Interessengegensatzes auffaßt. Das Tatbestandsmerkmal des Interessengegensatzes ist seiner Ansicht nach objectiv auszulegen. Dagegen sollen in dem Merkmal "pflichtwidrig" objective und subjective Faktoren verschachtelt sein, da die Pflichtwidrigkeit schon gegeben sei, wenn entweder die Treue oder die Gradlinigkeit verletzt sei.⁹⁾ Der Hinweis auf den Rechtsschutzgedanken spricht aber für die Verwendung als allgemeines Ver-

1) "Das Deutsche Strafrecht" § 75 VI 3

2) S. 82

3) II 2 S. 579

4) so in einer nicht veröffentlichten Abhandlung über den "Parteierrat" für den III. Unterausschuss der Grossen Strafrechtskommission.

5) Ob das in anderen Straftatbeständen vorhandene Merkmal "rechtswidrig" wie z.B. im § 240 StGB ebenfalls als allgemeines Verbrechenmerkmal oder als echtes Tatbestandsmerkmal aufzufassen ist, kann dahingestellt bleiben.

6) Ein Antrag des Oberbundesanwalts an den 2. Strafsenat, (siehe BGH 2 StR 198/51) die Pflichtwidrigkeit zum selbständigen Schuldmerkmal d.h. zum allgemeinen Verbrechenmerkmal zu erklären, ist vom 2. Senat ausdrücklich abgelehnt worden.

7) in JZ 1956 S. 72 ff

8) in "Standesrecht" S. 390, Anw.Bl. 1954 S. 187, 189 und in einer nicht veröffentlichten Abhandlung "Zur Neugestaltung des § 356 StGB"

9) siehe "Standesrecht" S. 395

brechensmerkmal. Ist die Pflichtwidrigkeit eine Unterart der Rechtswidrigkeit, so kann sie sich auch nicht, wie Kalsbach annimmt, nach den Grundlagen des Standesrechts richten, denn dann müßte auch dasselbe für die Rechtswidrigkeit gelten.

Ebenso unklar ist Früh.¹⁾ Nach ihm ist das patrocinium successivum auch dann noch pflichtwidrig, wenn der Übergang zum Gegner mit Einwilligung des Klienten erfolgt. Für die Praevarication fehle dagegen das Merkmal der Rechtswidrigkeit. Es handelt sich hier aber nicht darum, ob die Einwilligung die Rechtswidrigkeit ausschließt, sondern daß nach Früh - die Pflichtwidrigkeit zwar allgemeines Verbrechenmerkmal sei aber gegenüber der Rechtswidrigkeit einen besonderen (welchen ?) Charakter hat. Selbst wenn die Pflichtwidrigkeit weiter als die Rechtswidrigkeit reichen sollte, ist die Strafbarkeit bei Fehlen eines allgemeinen Verbrechenmerkmals wie der Rechtswidrigkeit nicht mehr gegeben. Wegen Fehlens jeglicher Begründung kann auf die Ansicht von Früh nicht weiter eingegangen werden.

Rothardt²⁾ verlegt die Pflichtwidrigkeit sogar in den subjectiven Tatbestand, indem er, ausgehend von einem falschen Vorsatzbegriff - Vorsatz - schuldhaft rechtswidrige Handlung - in die Pflichtwidrigkeit auch das Bewußtsein des Vertrauensbruches gegenüber der eigenen Partei mit einbezieht. Er hält im übrigen eine authentische Auslegung des Merkmals für nicht möglich; die konkrete Tat sei maßgebend.

Unklar ist auch Mühlmann-Bommel.³⁾ Die Pflichtwidrigkeit sei mit der Rechtswidrigkeit vergleichbar. In welcher Hinsicht die Vergleichsmöglichkeit bestehen soll, wird nicht gesagt. Weiter wird auf § 32 Nr. 2 RAO verwiesen, der auch für die "anderen Rechtsbeistände" des § 356 gelten müsse. An einer Begründung hierfür fehlt es. Die Anwendbarkeit auf "andere Rechtsbeistände" ist auch abzulehnen. Der Hinweis auf die Standesnorm spricht auch nicht gerade für die Vergleichbarkeit mit der Rechtswidrigkeit.

Löwenstein⁴⁾ sieht das Wesen des Parteiverrats in der pflichtwidrigen Schädigung berechtigter Parteiinteressen durch Förderung entgegenstehender Interessen. Durch Abstellen auf die Schädigung der Parteiinteressen gibt er dem Merkmal "pflichtwidrig"

1) S. 144

2) S. 38, 40

3) Note 5 zu § 356

4) in "Das Recht des Anwalts im Entwurf eines allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches" JW 1927 S. 3035.

einen völlig anderen Sinn. Seiner Ansicht nach ist die Erinnerung der Gegenpartei an die Wahrnehmung eines Termins schon eine wissentliche Benachteiligung des eigenen Auftraggebers. Diese Benachteiligung sei nur nicht "pflichtwidrig". Was unter "pflichtwidrig" zu verstehen sei, wird nicht gesagt. Tatsächlich ist in einer solchen Benachrichtigung kein Dienen, keine Förderung entgegengesetzter Interessen zu sehen. In der Regel dürfte in solchen Fällen auch der Vorsatz nicht gegeben sein, so daß es auf die Pflichtwidrigkeit in seinem Sinne nicht ankommt.

Eine Sonderstellung wie auch in anderen Fragen nimmt wieder Wolff¹⁾ ein. Wolff geht davon aus, daß die §§ 356 I - die Pflichtwidrigkeit bezieht sich seiner Ansicht nach nur auf Absatz 1 - und 31 Ziff. 2 RAO inhaltlich dasselbe besagen. Wenn das Merkmal "pflichtwidrig" auf die Standesvorschrift verweisen würde, so wären damit nicht allein § 31 Ziff. 2 RAO sondern ebenfalls die §§ 28 und 62 RAO als Disziplinarvorschriften gemeint. Eine solche Verweisung habe aber nur dann Sinn, wenn es Fälle gebe, in denen der Tatbestand des § 356 I erfüllt, das Ansehen des Anwaltstandes aber durch die Tat nicht berührt würde. Nach der Rechtsprechung des RG sei dieses anzunehmen bei einem Irrtum über den Begriff "derselben Rechtssache". Da dieses Merkmal auch in der Strafnorm enthalten sei, sei der Irrtum darüber als strafrechtlicher Irrtum unbeachtlich, dagegen brauche keine Standeswidrigkeit vorzuliegen. Wenn das RG bei der Prüfung des Merkmals "pflichtwidrig" bzw. des § 31 Ziff. 2 RAO annehme, daß die Standespflicht objectiv verletzt sei, so beruhe das auf einer Verkennung des Wesens des Standes- bzw. Disziplinarrechts. Dieses kenne keinen selbständigen objectiven oder subjectiven Tatbestand, auf den (zur Ausfüllung einer Strafnorm) Bezug genommen werden könne. Es werde jeweils das Gesamtverhalten geprüft. Ausgangspunkt sei die Psyche des Täters, auf Grund deren die Pflichtwidrigkeit festgestellt werde, nicht aber ein objectiver Tatbestand. Das RG verweise daher durch Bezugnahme auf § 31 Ziff. 2 RAO auf eine fiktive Normierung. Da die Verweisung mithin nicht möglich sei, müsse das Merkmal "pflichtwidrig" aus der Strafnorm ausgelegt werden. Es enthalte die Verletzung der auferlegten Treupflicht gegenüber dem Auftraggeber.

Die Bezugnahme auf § 31 Ziff. 2 RAO kann aber nicht mit der von Wolff gegebenen Begründung abgelehnt werden. Wenn auch das Disziplinarrecht keine selbständigen objectiven und subjectiven Tatbestände kennt, so kann doch im Einzelfall wie z.B. durch

§ 31 Ziff. 2 RAO ein bestimmtes Verhalten unabhängig von der disziplinären Wertung verboten werden. Die theoretische Möglichkeit einer Verweisung auf § 31 Ziff. 2 RAO ist daher nicht ausgeschlossen.

Da das Merkmal "pflichtwidrig" nach der Rechtsprechung des RG und des BGH reines Tatbestandsmerkmal ist und mit dem allgemeinen Verbrechenmerkmal der Rechtswidrigkeit nichts zu tun hat, müßte es in jedem Falle auch nur als Tatbestandsmerkmal behandelt werden. Die Rechtswidrigkeit der Handlung ist wie überall auch bei den Blankettgesetzen kein Tatbestandsmerkmal, denn das Verbotensein kann nicht Merkmal des Tatbestandes sein, weil doch gerade die Verwirklichung des Tatbestandes der Gegenstand des Verbotes ist.¹⁾ Tatsächlich findet jedoch keine klare Trennung statt, da die Pflichtwidrigkeit auch als allgemeines Verbrechenmerkmal behandelt wird. Die Notwendigkeit der Trennung betont auch Kohlrausch-Lange.²⁾ Von einem rein terminologischen Streit zu sprechen, erscheint daher nicht angängig.³⁾ So heißt es in der BGH-Entscheidung vom 20.11.1952⁴⁾, daß die Pflichtwidrigkeit nicht der Rechtswidrigkeit schlechthin gleichgeartet werden könne und an anderer Stelle derselben Entscheidung, nachdem unter Bezugnahme auf den Beschluß des Großen Strafsenats vom 18.3.1952⁵⁾ erklärt worden war, daß es keinen Unterschied ausmache, ob ein Merkmal im Strafgesetz selbst oder in einer anderen Vorschrift inhaltlich bestimmt werde: "Dagegen ist es von erheblicher rechtlicher Tragweite, daß in der Pflichtwidrigkeit ein Tatbestandsmerkmal zu finden ist und nicht nur ein allgemeines Verbrechenmerkmal, das im Grunde keiner ausdrücklichen Hervorhebung bedurft hätte." In der in § 356 vorausgesetzten Pflichtwidrigkeit liege auch ein besonderer Tatbestandsmerkmal.

Das Merkmal "pflichtwidrig" wird also bewußt im doppelten Sinn gebraucht, einmal als allgemeines Verbrechenmerkmal und als solches der Rechtswidrigkeit gleichgeartet und zum anderen als besonderes Tatbestandsmerkmal, das seine Ausfüllung durch § 31 bez. § 32 RAO oder die entsprechenden Bestimmungen der Länderrechtsanwaltsordnungen erfährt. Diese Doppelschichtigkeit zieht sich

1) so Warda a.a.O. S. 28 unter Bezugnahme auf Doehring "Verbrechenlehre" S. 49

2) I 4 zu § 356

3) vergl. Jeschek in GA 1954 S. 323

4) BGHSt 4 S. 80 (84)

5) BGHSt 2 S. 194

durch eine ganze Anzahl Entscheidungen des RG und des BGH.¹⁾ So dürfte sich die Anwendung als allgemeines Verbrechensmerkmal aus folgenden Sätzen von BGH-Entscheidungen ergeben²⁾ "Die Zusage des Ehemannes, daß er den in der Klage geltendgemachten Ehescheidungsgrund, das böswillige Verlassen, nicht bestreiten werde, ist für die Frage der Pflichtwidrigkeit im Sinne des § 356 ebenfalls ohne rechtliche Bedeutung". "Die objective Pflichtwidrigkeit kommt deutlich darin zum Ausdruck, daß der Angeklagte als Verteidiger des W. Kruse die Behauptungen in Zweifel zog, die er selbst namens des Hennies früher aufgestellt hatte."³⁾ "Eine Pflichtwidrigkeit liegt immer vor, wenn der Anwalt der einen Partei im Gegensatz zum Anliegen der anderen Partei dient."⁴⁾ "Die Pflicht- u. Rechtswidrigkeit wird nicht allein durch den Vergleichszweck, sondern nur durch das rechtzeitig eingeholte Einverständnis des früheren Auftraggebers mit der Beratung der Gegenpartei zum Zwecke der Herbeiführung eines Vergleichs beseitigt."⁵⁾ Es geht in diesem Zusammenhang nicht um die Frage, ob und inwieweit durch das Einverständnis, die Einwilligung, des früheren Auftraggebers mit der Vertretung der Gegenseite die Pflicht- und Rechtswidrigkeit beseitigt wird, sondern lediglich um die Feststellung, daß das Einverständnis, wenn es von Bedeutung ist, nur die materielle Rechtswidrigkeit nicht aber die Pflichtwidrigkeit im Sinne eines besonderen Tatbestandsmerkmals beseitigen kann. Die Frage, ob und inwieweit das Einverständnis die Pflichtwidrigkeit beseitigt, wird in einer ganzen Anzahl Entscheidungen aufgeworfen. Schon diese häufige Fragestellung zeigt, daß das Merkmal "pflichtwidrig" in der Rechtsprechung der höchsten Gerichte in beiden Bedeutungen gebraucht wird.

Durch das Merkmal der Rechtswidrigkeit wird die tatbestandsmäßige Handlung unter Ausserachtlassung der Person des Täters mit einem Unwerturteil aus dem Gesamtgefüge der deutschen Rechtsordnung versehen.⁶⁾ Wir sprechen in diesem Fall von der objektiven Rechtswidrigkeit. Sie setzt in jedem Fall die Tatbestandsmäßigkeit voraus. Einzelne Entscheidungen z.B. BGHSt 5 S. 284 (287 f.) beschränken aber ausdrücklich die Bedeutung des Merkmals auf seine angebliche Eigenschaft als besonderes Tatbestandsmerkmal, vgl. Busch "über die Abgrenzung von Tatbestands- u. Verboteirrtum" in Festschrift für Mezger S. 173

2) BGHSt 4 S. 80 (83)

3) so BGH 5 StR 639/52 U.v. 11.12.52

4) so BGH 4 StR 616/54 U.v. 10.3.55 ähnl. RGSt 45 S. 305 (307 f.)

5) so RG in JW 1929 S. 3169

6) so Welzel "Das deutsche Strafrecht" § 10 II, § 14:2a

mässigkeit voraus.

Ist aber die Pflichtwidrigkeit allgemeines Verbrechensmerkmal, so kann sie nicht zugleich ein besonderes Tatbestandsmerkmal unter Bezugnahme auf § 31 bzw. § 32 RAO sein. Sie kann nicht einmal die Tatbestandsmässigkeit erst begründen und ein anderes Mal voraussetzen. Bedeutet das Merkmal "pflichtwidrig" als Tatbestandsmerkmal "trotz entgegengesetzter Interessen", so kann der Irrtum hierüber nur als Tatbestandsirrtum im Rahmen des § 59 StGB von Bedeutung sei. Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit insbesondere über die Einwilligung ist aber immer nur Verbotsirrtum.¹⁾ Die Entscheidung des zweiten Strafsenats vom 16.12.52²⁾, die das Merkmal "pflichtwidrig" auf den ganzen Inhalt der Norm des § 31 Ziff. 2 RAO bezieht und aus diesem Grunde den Irrtum über das Merkmal "pflichtwidrig" teilweise als Tatbestands- teilweise als Verbotsirrtum behandelt hat, ist hierbei noch ganz ausser Acht gelassen, weil der fünfte Strafsenat in seiner Entscheidung vom 2.2.54³⁾ das Merkmal "pflichtwidrig" auf den Interessengegensatz beschränkt hat.

Die Doppelschichtigkeit des Merkmals "pflichtwidrig" findet vorzüglich seine Erklärung darin, daß der Interessengegensatz als normatives (wertbezügliches) Tatbestandsmerkmal wie das allgemeine Verbrechensmerkmal eine Wertung einschließt und im Einzelfall nicht immer leicht zu entscheiden ist, ob sich die Wertung auf das Tatbestandsmerkmal oder die tatbestandsmässige Handlung im ganzen bezieht.⁴⁾ Mit der Tatbestandsbeschreibung ist aber, mögen noch so viele normative Elemente im Tatbestand enthalten sein, niemals die Frage der Rechtswidrigkeit erledigt. Ihre Prüfung bleibt einem späteren Abschnitt vorbehalten.

Die Doppelschichtigkeit des Merkmals "pflichtwidrig" findet sich nicht nur in der Rechtsprechung, sondern auch in der Rechtslehre.⁵⁾ So sieht auch Schönke-Schroeder⁶⁾ § 32 RAO bzw. die entsprechenden Länderbestimmungen als Teil des Tatbestandes des § 356 an. Der im § 32 RAO verankerte Grundsatz gelte auch für die anderen Rechtsbeistände. Ist das aber der Fall, so muß der Grundsatz bereits im § 356 selbst enthalten sein, da § 32 RAO

1) so Welzel a.a.O. in JZ 1954 S. 276 ff

2) BGHSt 3 S. 400 (402 f)

3) BGHSt 5 S. 284 (288)

4) vergl. Warda a.a.O., nach M.E. Mayer sind normative Tatbestandsmerkmale solche, die mit einem Fuß bereits in der Rechtswidrigkeit stehen

5) u.a. Schwarz 20. Auflage 2 B zu § 356 und Niethammer S. 437

6) III 3b zu § 356

für die anderen Rechtsbeistände nicht gilt. Wenn der Grundsatz aber schon im § 356 enthalten ist, so kann § 32 RAO nicht noch ein Teil des Tatbestandes des § 356 sein.¹⁾ Auch Kohlrausch-Lange²⁾ wendet das Merkmal bewußt in dem doppelten Sinne an. Das Merkmal umfasse auch die Pflichten des Anwalts gegenüber der Rechtspflege. Trotz Einverständnis des früheren Auftraggebers mit der Vertretung der Gegenseite sei die Vertretung pflichtwidrig, soweit die Pflichten wie im Ehescheidungs- und Strafrecht unabdingbar seien.³⁾

Es bleibt zum Schluß nur die Frage, welche Absicht der Gesetzgeber denn mit der Hereinnahme des Wortes "pflichtwidrig" in die Strafnorm verfolgte, wenn der Pflichtwidrigkeit neben der vorsätzlichen Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes keine besondere Bedeutung zukommt.⁴⁾ Der Verfasser ist der Ansicht, daß die besondere Pflicht in Beziehung steht zu dem dem Rechtsbeistand geschenkten Vertrauen. Da, wo das Vertrauen gebrochen wird, wird auch die Pflicht verletzt. Das Vertrauen gebietet die Pflicht, die Pflicht rechtfertigt das Vertrauen. Die Pflicht führt zurück zum Rechtsschutzgedanken, der seinerseits wieder für die Abgrenzung des strafbaren vom nicht strafbaren Verhalten, wie noch zu zeigen sein wird, von Bedeutung ist. In der Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes liegt zugleich der Vertrauensbruch, die Treueverletzung, so daß das Bewußtsein des Vertrauensbruches kein vom Wissen und Wollen des gesetzlichen Tatbestandes abweichendes Bewußtsein fordert.⁵⁾ Das Wort "pflichtwidrig" soll also auf den Vertrauensbruch als Grundlage der Strafnorm hinweisen. Damit wird zurückgegriffen auf die Auslegung, die das Merkmal bereits unter dem Preussischen Strafgesetzbuch und zu Beginn nach Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches erhalten hatte. Der Gedanke findet sich aber noch in späteren RG-Entscheidungen,⁶⁾ nachdem das RG in dem Merkmal einen Hinweis auf die Standesnorm erblickte. So

1) ähnlich wie Schonke-Schroeder der LK Note 7 zu § 356

2) III zu § 356

3) siehe S. 105

4) Decker S. 106 f sieht in dem Merkmal "pflichtwidrig" einen überflüssigen Hinweis auf die Disziplinarordnung.

5) a.A. Alsberg, in Anm. zu RG in JW 1926 S. 1571. Alsberg ist der Ansicht, daß durch die vorgenannte Entscheidung das Merkmal "pflichtwidrig" einen neuen vom RGSt 58 S. 247 ff abweichenden brauchbaren Sinn erhalten habe.

6) so RG in DJZ 1910 S. 1411 und in JW 1926 S. 1570 f.

heißt es in der Entscheidung aus dem Jahre 1910, daß derjenige pflichtwidrig handele, der erst einem Teil diene und sich dann von dem Gegner einen selbständigen, mit dem zuerst angenommenen nicht vereinbaren, Auftrag erteilen läßt und sich dadurch verpflichtet, zweierlei einander widersprechende Interessen zu vertreten. Dieses besagt nichts anderes, als daß derjenige "pflichtwidrig" handelt, der den Tatbestand des § 356 vorsätzlich verwirklicht. Das Merkmal "pflichtwidrig" gibt also einen Hinweis auf den Grundcharakter des Delikts, ist aber nicht als selbständiges Tatbestandsmerkmal zu werten.

6. "durch Rat oder Beistand dient"

a. Dienen durch positives Tun...

"Dienen" bedeutet nichts anderes wie "tätig werden". Gemeint ist in erster Linie die Gewährung der Berufstätigkeit und zwar jeder beruflichen Tätigkeit,¹⁾ sei sie rechtlicher oder tatsächlicher Art. Es braucht daher keine Tätigkeit zu sein, die nur ein Rechtsbeistand ausüben kann. Es genügt, da es sich um ein Tätigwerden in einer rechtlichen Angelegenheit im Interesse einer Partei handelt, daß es geeignet ist, die Interessen einer Partei zu fördern. Der Rechtsbeistand "dient" einer Partei, wenn er deren Rechte gegenüber Dritten wahrnehmen will.²⁾ Es handelt sich also um ein gezieltes Tun. Das strafbare Tun setzt den Willen voraus, die Interessen des Gegners des ursprünglichen Auftraggebers zu fördern.

Ein "Dienen" für den Gegner liegt daher nicht vor, wenn der Rechtsbeistand mit ihm nur Rücksprache nimmt, um seinen Standpunkt kennenzulernen und danach das eigene Verhalten einzurichten oder zu versuchen, durch Darlegung des eigenen Standpunktes den Gegner zu veranlassen, den vertretenen Anspruch anzuerkennen, mag der Rechtsbeistand hierbei auch ohne Ermächtigung oder sogar gegen den Willen des Auftraggebers gehandelt haben. Dagegen kann schon eine sachliche Auseinandersetzung mit dem Gegner, selbst wenn sie nur zum Zwecke eines günstigen Vergleichs für die Erstpartei erfolgt, ein "Dienen" sein, da diese geeignet ist, den Gegner in seinen Überlegungen zur Abwehr des Anspruchs zu fördern.³⁾

1) Anm. 6 zu § 356 (LK), Schönke-Schroeder III 3 zu § 356, ähnlich RGSt 23 S. 60 (64), BGHSt 5 S. 301 (305), Kalsbach in Anw.Bl. 1954 S. 187 (190)

2) so RGSt 72 S. 133 (142), 23 S. 60 (65 f), 62 S. 289 (292), BGHSt 5 S. 301 (305) und 7 S. 17 (19).

3) a.A. Fries S. 57

Soweit die anderen Rechtsbeistände die Rechtsbeistandschaft nicht als Beruf ausüben, ist mit dem "Dienen" die Tätigkeit in der einzelnen Rechtsbeistandssache gemeint. Das Merkmal enthält keine sachliche Begrenzung. Jede, auch allgemein gehaltene, Auskunft, jede Handlung im Hinblick auf eine vorgesehene Vertretung, ja schon die Informationsaufnahme im Rahmen eines erteilten Auftrages oder nach Bestellung als Armenanwalt ist ein "Dienen".¹⁾ Ob die Tätigkeit für den ursprünglichen Auftraggeber oder die Gegenpartei tatsächlich förderlich war, ist belanglos. Der Mandatsabschluß für sich allein ist aber noch kein "Dienen".²⁾

Das "Dienen" für die Gegenpartei braucht aber keineswegs in der Mitteilung von anvertrauten Angelegenheiten zu liegen. Jede Art positiven Tuns für die Gegenseite kann das Merkmal erfüllen.

Die Worte "durch Rat oder Beistand", deren Einfügung in den gesetzlichen Tatbestand auf die geschichtliche Entwicklung des Delikts zurückzuführen ist,³⁾ sollen augenscheinlich auf die Tätigkeit des Rechtsbeistandes inner- und ausserhalb eines gerichtlichen Verfahrens hinweisen.⁴⁾ Das "Dienen" braucht selbst bei einem Verfahren nicht im Hinblick auf einen möglichen Prozeß zu erfolgen. Wenn der Anwalt für den ursprünglichen Auftraggeber nur im Hinblick auf einen vom Mandanten gewünschten oder gebilligten Vergleich tätig gewesen ist z.B. durch Beratung über die Dreimonatsfrist bei gegenseitigen Beleidigungen und Körperverletzungen und durch Entwurf eines Antrages an den Schiedsmann, um durch diesen die Streitigkeiten beilegen zu lassen, so ist die spätere Tätigkeit für den Gegner in derselben Rechtssache eine solche im entgegengesetzten Sinne und damit strafbares

1) so Kalsbach in Anw.Bl. 1954 S. 189, Laue S. 55. Nach BGHSt 5 S. 301 (305) und 7 S. 17 (19), Kalsbach a.a.O. S. 187, 190 umfaßt das "Dienen" jede berufliche Tätigkeit des Rechtsbeistandes rechtlicher oder tatsächlicher Art, durch die das Interesse des Auftraggebers, sei es durch Rat (im Innenverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant), sei es durch Beistand (Wahrnehmung der Mandatsinteressen nach aussen neben oder anstelle des Mandanten) gefördert werden soll.

2) vergl. S. 64

3) so finden sich die Worte schon im Württemb.StGB Art. 456

4) Ob der Beistand nicht auch die Ratserteilung umfaßt und daher das Wort "Beistand" besser durch "Tat" ersetzt werde, wie Binding II 2 S. 579 Fußnote 8 vorschlägt, braucht nicht geprüft zu werden. Entgegen Boedicker soll der Begriff "Dienen" durch die Worte "Rat und Beistand" nur erläutert, nicht aber eingeeengt werden.

"Dienen".¹⁾ Auf die beabsichtigte Art der Erledigung kommt es nicht an. Schon allein dadurch, daß das Verfahren vor dem Schiedsmann eingeleitet wurde, welches eine Prozeßvoraussetzung für das Privatklageverfahren war, wurde der Anwalt im Dienst seines ersten Auftraggebers gegen den später von ihm vertretenen zweiten Auftraggeber tätig.

Auch in der Mitteilung-bezw. dem Hinweis auf gesetzliche Bestimmungen, Rechtsgründe, grobe Fehler kann ein "Dienen" für die Gegenseite liegen,²⁾ wenn die Mitteilung im Einzelfall nicht ausschließlich im Interesse der eigenen Partei erfolgt, um Verzögerungen durch solche Fehler, die das Verfahren nur verlängern aber nicht beeinflussen würden, zu vermeiden. Der Rechtsbeistand darf, von besonderen Ausnahmefällen abgesehen, die durch einen entsprechenden Inhalt des Auftrages oder eine gemeinschaftliche Beauftragung bestimmt werden, immer nur die einseitigen Interessen eines Auftraggebers wahren.³⁾

Das "Dienen" für die Gegenseite ist unabhängig davon, ob diese vertreten ist oder nicht. Eine Mitteilung an den Prozeßbevollmächtigten der Gegenseite ist ebenso anzusehen, als ob sie der Gegenpartei selbst zugegangen sei.

Von einem "Dienen für beide Parteien" kann aber nur die Rede sein, wenn für jede Partei eine gesonderte Tätigkeit ausgeübt wird. Eine im Namen der vertretenen Partei abgegebene Anerkennungs- oder Verzichtserklärung kann nicht zugleich ein "Dienen" für die Gegenpartei sein, mag die Erklärung auch in der Absicht abgegeben sein, der eigenen Partei zu schaden und der Gegenpartei zu nützen. Auch eine absichtlich ungeschickte Behandlung einer Rechtssache, um der Gegenseite zu nützen, kann nicht zugleich ein "Dienen" für den Erstauftraggeber und die Gegenseite sein.⁴⁾⁵⁾ Wollte man in einer solchen Tätigkeit ein doppeltes "Dienen" erblicken, so würde es ausschliesslich von der Willensrichtung des Rechtsbeistandes abhängen, ob

1) a.A. BGH 5 StR 437/53 U.v. 26. I. 54 im Zusammenhang mit Erörterungen über Irrtumsfragen.

2) Dieses war in der gemeinrechtlichen Literatur sehr umstritten; ebenso wie der Text Tittmann S. 501 § 498, a.A. Feuerbach-Mittermaier S. 695 f § 427 Anm. 2 und Henke § 157 S. 88 Ausgabe 1830; wie hier Ebner S. 56, Haferland S. 81, Riffel S. 45

3) so RG in JW 1911 S. 246, siehe S. 97

4) Wenn Haferland S. 79 erklärt, daß die Praevarication in der nicht gehörigen Vertretung einer Partei in der Absicht bestehe, dadurch der anderen Partei zu nützen, so verkennt er damit das Wesen der Praevarication.

5) Ebner S. 55, Haferland S. 80 und Rothardt S. 36 sehen in einer solchen Handlung zugleich ein "Dienen" für die Gegenseite durch Unterlassung.

im Einzelfall ein "Dienen" für die Gegenseite vorliegt oder nicht. Wäre also die Abgabe einer Anerkennungs- oder Verzichtserklärung den Umständen nach gerechtfertigt und wollte der Rechtsbeistand mit der Erklärung nur den Interessen der eigenen Partei dienen, so läge kein strafbares "Dienen" vor; anders wäre es dagegen, wenn die Erklärung abgegeben würde, um der Gegenseite zu nützen und der eigenen Partei zu schaden. Es läge dann sogar der Tatbestand des Absatz 2 vor. Ob ein "Dienen" vorliegt, kann aber nur von objectiven Kriterien, nicht davon abhängig sein, was der Rechtsbeistand sich bei seiner Tätigkeit jeweils vorstellt, in welcher Absicht er tätig wird. Es ist deshalb auch die vom RG vertretene Ansicht¹⁾ nicht zu billigen, daß der Rechtsbeistand einem im Hintergrund stehenden Dritten auch durch eine Tätigkeit für einen anderen "dienen" soll, wenn dessen Rechte wirtschaftlich mitbetroffen werden, der formell Beteiligte mehr oder minder vorgeschobener Strohmann ist und die Rechte des Dritten auch ohne Auftrag mit wahrgenommen werden sollen.

Das "Dienen" muß seitens eines Rechtsbeistandes gegenüber beiden Parteien erfolgen. Beteiligt sind also jeweils mindestens zwei verschiedene Personen. Rückt der Rechtsbeistand durch Erbgang, Schenkung, Kauf oder auf andere Weise in die Rechtsposition der anderen Partei, so wird er selbst Partei. Wenn er nunmehr eigene Interessen gegenüber seinem früheren Auftraggeber, dem er zuvor in derselben Rechtssache gedient hatte, wahrnimmt, so wird er nur noch als Partei nicht aber zugleich als (sein eigener) Rechtsbeistand tätig. Es fehlt an dem von den Parteien unabhängigen Rechtsbeistand. Die von Wolff²⁾ vertretene Ansicht, daß der Rechtsbeistand auch in eigener Sache seine Eigenschaft als Rechtsbeistand nicht verliere, ist mit der von ihm gezogenen Folgerung der Erfüllung des Praevaricationstatbestandes nicht zu billigen.

Dasselbe muß strafrechtlich trotz seiner unerwünschten Konsequenz selbst dann gelten, wenn er die Rechtsposition dolos - eventuell durch einen Strohmann - nur erworben hätte, weil er sie für günstig hält. Auch in diesem Fall fehlt es an dem von der anderen Partei zu trennenden Rechtsbeistand, der beiden Parteien dient.

Die Worte "bei den vermöge seiner amtlichen Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten" beziehen sich offensichtlich nur auf

1) RGSt 72 S. 133 (142)

2) S. 122 III.

den ersten Auftraggeber.¹⁾ Das "Dienen" für die Gegenpartei kann also auch erfolgen, ohne daß dieser sich dem Rechtsbeistand anvertraut. Dieser braucht nicht einmal davon zu wissen, daß der Rechtsbeistand des ersten Auftraggebers zu seinen Gunsten tätig wird. Es liegt dann eine Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Diese ist jedoch, wie zuvor erwähnt, dann nicht anzunehmen, wenn eine formell beteiligte Gegenpartei vorhanden ist.

Die Ansicht Rothardt's,²⁾ objektiv läge keine Praevarication vor, wenn der Rechtsbeistand der Gegenpartei ein Dokument übergebe, welches seiner Ansicht nach von Nutzen sein könnte, dessen Wertlosigkeit sich aber später herausstelle, ist nicht zu billigen. Der Rechtsbeistand ist für die Gegenseite beruflich in einer Weise tätig geworden, die ihr von Nutzen sein sollte. Damit ist das Merkmal "Dienen" erfüllt. Mit einem Putativdelikt hat der Sachverhalt, wie Rothardt meint, nichts zu tun.

Wenn alle die Fälle, in denen die Tätigkeit des Rechtsbeistandes tatsächlich nicht von Nutzen gewesen ist - und zwar nachträglich vom Erfolg her gesehen - als Praevaricationshandlung ausscheiden würden, so würde damit ein wesentlicher Teil möglicher Verfehlungen nach Absatz 1 entfallen und dem Straftatbestand ein Unsicherheitsfaktor, nämlich die mehr oder minder zufällige tatsächliche Förderung der Interessen des Auftraggebers, eingefügt werden, der dem Wesen des Delikts fremd ist.

Anders liegt jedoch der Fall, wenn der Rechtsbeistand nur den Anschein der Förderung der Interessen der Gegenseite hervorrufen will und ihm zu diesen Zweck ein wertloses Dokument übergibt. Das ist kein "Dienen". Eine Fühlungnahme mit der Gegenpartei, nur um dieser durch unsachgemässen Beistand zu schaden und der eigenen Partei zu nützen, kann daher erst recht kein "Dienen" für die Gegenpartei sein. Das gleiche gilt hinsichtlich eines Verhaltens, das von vornherein nur äusserlich auf ein "Dienen", d.h. die Förderung der Interessen der Gegenpartei abgestellt ist, in Wirklichkeit aber schon der Art der Tätigkeit nach nur den Interessen der eigenen Partei förderlich sein kann, zumindest aber den Interessen der Gegenpartei, wie der Rechtsbeistand weiß, keinen Nutzen bringen kann.³⁾

Es können sich Bedenken dagegen erheben, daß eine Tätigkeit für die Gegenpartei einmal das Merkmal des "Dienens", das andere Mal nicht erfüllen soll, je nachdem welchen Interessen

1) ebenso Geppert S. 87

2) S. 36

3) so Ebner S. 60, Früh S. 143, Laue S. 58, Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 507 u. Rothardt S. 38

die Tätigkeit letzten Endes nützlich sein soll und ist. Sollte daher die Meinung vertreten werden, daß ein "Dienen" für die Gegenpartei bei jeder Art von Tätigkeit, die derselben nützen kann, vorliegt, so würde doch eine strafbare Handlung deshalb nicht gegeben sein, weil es am "Dienen" im entgegengesetzten Interesse fehlt. Der Täter will entgegen dem äusseren Anschein in Wirklichkeit nicht den Interessen der Gegenseite, sondern nur den Interessen der eigenen Partei dienen, zumindest ihnen nicht entgegenstehen.

Wichtig ist also, daß der Rechtsbeistand jeder Partei in ihrem eigenen Interesse dienen will. Wenn der Rechtsbeistand Auftrag erhält, mit dem Gegner persönlich oder schriftlich Fühlung aufzunehmen, sei es um dessen Einwendungen kennenzulernen oder zu versuchen, einen Vergleich zustande zu bringen, so ist das eine Tätigkeit ausschliesslich im Interesse des Auftraggebers und hat mit einem "Dienen" für den Gegner nichts zu tun. Sollte aber bei solcher Gelegenheit der Rechtsbeistand nicht ausschliesslich die Interessen seiner Partei vertreten, so liegt zugleich ein "Dienen" für die Gegenseite vor. Der Nachweis ist verständlicherweise im Einzelfall schwer zu führen.

Ein "Dienen" für beide Parteien ist auch dann gegeben, wenn der Rechtsbeistand für die eine oder beide Parteien nicht persönlich tätig wird, sondern die Tätigkeit durch Mitarbeiter ausgeübt wird, sofern der Rechtsbeistand nur über die Tätigkeit für beide Parteien im voraus unterrichtet ist und sie billigt.

Einen völlig anderen Standpunkt hinsichtlich des Merkmals "Dienen" vertritt Wolff,¹⁾ indem er für die Tätigkeit des 1. und 2. Absatzes den Begriff verschieden auslegt. Der 2. Absatz enthält zwar statt des Merkmals "Dienen" das Merkmal "Handeln". Offensichtlich ist aber dasselbe wie "Dienen" gemeint.

Mit Rücksicht darauf, daß Absatz 2 geschichtlich gesehen den eigentlichen Praevaricationsfall enthält, muss nach Wolff "Dienen" im Absatz I eng, in Absatz II aber weit ausgelegt werden. Absatz I umfasse nur eine Tätigkeit mit rechtlicher, in der Regel vertraglicher, Bindung an die Gegenseite,²⁾ für Absatz II genüge die tatsächliche Verbindung, die z.B. schon bei Fristversäumnis, Nichtbeantragung eines Versäumnisurteils, Nichtein-

1) S. 104 ff

2) Nach Wolff reicht schon die rechtliche Bindung als Verwirklichung der eigentlichen Praevaricationshandlung aus; siehe S.62

legung eines Rechtsmittels¹⁾ gegeben sei. Absatz I könnte aber in den letztgenannten Fällen nicht verwirklicht werden, weil die rechtliche Bindung an die Gegenseite fehle. Wolff²⁾ nimmt an, daß eine Praevarication bereits dann vorliegt, wenn der Rechtsbeistand nach Abgabe der Offerte an die erste Partei oder nach Vertragsschluss mit dieser oder der Bestellung zu ihrem Verteidiger oder als Armenanwalt sich sofort an die Gegenseite rechtlich bindet, ohne auch nur einer Partei tatsächlich einen Dienst geleistet zu haben. "Dienen" brauche nicht als Tätigkeit, sondern könne als Zustand aufgefaßt werden. Die Strafbarkeit sei schon mit der rechtlichen Bindung an die Gegenseite gegeben.³⁾ Während Wolff aber gegenüber der ersten Partei die rechtliche Bindung bereits mit der Inaussichtstellung des Vertrages eintreten läßt, sieht er die Bindung an die Gegenseite erst mit Abschluß des Mandatsvertrages als gegeben an.⁴⁾ Der Absatz II kann aber nach Wolff auch dann verwirklicht werden, wenn der Rechtsbeistand ohne rechtliche Bindung an die Gegenpartei oder ausseramtlich d.h. nicht in seiner Stellung als Rechtsbeistand tätig wird. Unter Absatz II sollen daher auch gänzlich ausserhalb des Berufs erteilte Ratschläge und Tätigkeiten fallen oder solche, die der Rechtsbeistand nach inzwischen eingetretenem Verlust seiner Stellung als Rechtsbeistand gewährt hat.⁵⁾ Die Kollusion des Absatz II könne daher auch von den gesetzlichen Rechtsbeiständen, womit die Armenanwälte und die bestellten Verteidiger gemeint sind, begangen werden. Diese könnten aber nicht nach Absatz I bestraft werden, da es an der notwendigen rechtlichen Bindung zur Gegenpartei fehle; diese bestehe nur zur ersten Partei.

Eine einleuchtende Begründung für die Notwendigkeit der verschiedenen Auslegung der Praevaricationshandlung gibt Wolff nicht. Die historische Entwicklung ist nicht eindeutig. Ausserdem kann sie nicht gegen Wortlaut, Sinn und Zweck der Norm entscheidend sein. Schon die Fassung des Absatz II gibt eindeutig zu erkennen, daß sämtliche Tatbestandsmerkmale des Absatz I gegeben sein müssen

1) nach Wolff und anderen -näheres S.193f - kann das "Dienen" auch durch Unterlassung erfolgen.

2) S. 106 ebenso Früh S. 142.

3) ähnlich Riffel S. 44

4) Die Rechtswirksamkeit der Bindung an die Gegenseite wird aber nicht erfordert (so auch Geppert S. 87 f); sie ist auch nicht möglich, weil ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vorliegt.

5) Nach Wolff liegt aber keine strafbare Handlung im umgekehrten Falle vor, wenn der Rechtsbeistand für die Erstpartei ausserberuflich tätig wird und sich dann dem Gegner rechtlich verpflichtet.

und die Unterscheidung des Absatz I lediglich in der Hinzufügung der erschwerenden Merkmale liegt. Es liegt auch kein Bedürfnis dafür vor, durch Absatz II Verhaltensweisen des Rechtsbeistandes zu erfassen, die nicht unter Absatz I fallen. Wenn Tätigkeiten gänzlich ausserhalb des Berufs nicht nach Absatz I erfaßt werden, besteht kein Anlaß, sie unter die Strafschärfung des Absatz II zu bringen. Praktisch dürfte jedoch ein Einlassen mit der Gegenseite in der Absicht, die eigene Partei zu schädigen, kaum jemals ausserhalb der Berufssphäre erfolgt sein, so daß die angeblich notwendige erweiterte Auslegung des Absatz II, wie Wolff sie vornimmt, mehr theoretischer Natur ist. Die rechtliche Bindung zur Gegenpartei ist entgegen Wolff schon nach Absatz I nicht erforderlich. Cedient wird immer dem, zu dessen Gunsten der Beistand tätig wird, nicht dem Auftraggeber, wenn er mit dem Begünstigten nicht identisch ist.¹⁾

Die Formulierung des § 356 ist insofern wenig glücklich, als sie im Gegensatz zu der Regel das strafrechtlich relevante Verhalten gegenüber dem irrelevanten Verhalten nicht genügend herausstellt. Nach der Fassung des Tatbestandes sieht es so aus, als ob das "Dienen" beiden Parteien gegenüber unter Strafe gestellt sei. Das Dienen gegenüber der ersten Partei fällt aber in den echten Pflichtenkreis des Rechtsbeistandes. Es ist nur eine notwendige Vorhandlung, bevor die strafrechtlich relevante Handlung, nämlich der Dienst gegenüber der Gegenpartei, einsetzen kann. Da die Vorhandlung und strafrechtlich relevante Handlung durch denselben Begriff "Dienen" präzisiert werden, bedarf es näherer Erläuterungen darüber, in welcher Weise das "Dienen" gegenüber der Gegenpartei erfolgen kann bzw. nicht kann.

b) Dienen durch Unterlassen.

Ob die strafrechtlich relevante Handlung stets positives Tun voraussetzt oder auch durch Unterlassung begangen werden kann als sogenanntes unechtes Unterlassungsdelikt, ist eine Frage, die in der Literatur nur wenig behandelt wird. Zum Teil dürfte dieses darauf zurückzuführen sein, daß eine höchstrichterliche Entscheidung, soweit bekannt, bisher nicht ergangen ist.

Die Natur der unechten Unterlassungsdelikte ist in der Rechtslehre im einzelnen umstritten. Eine Erörterung der streitigen Grundsatzfrage zu den unechten Unterlassungsdelikten nämlich insbesondere die nach der Kausalität, der Erfolgsabwendungspflicht und deren Einordnung entweder in das Grenzgebiet

1) so RG in DJZ 1929 S. 103 f

von Handlung und Tatbestand, in den Tatbestand, in die Rechtswidrigkeit, wie es das RG und der BGH tun, oder sogar in den Schuldbegriff kann hier unterbleiben, da die Stellungnahme zu diesen Fragen für das Problem, ob die Praevarication auch durch Unterlassung begangen oder anders ausgedrückt, ob das Merkmal "Dienen" auch durch ein Unterlassen erfüllt werden kann, nicht erforderlich ist.

Das ältere Schrifttum bejaht meistens die Möglichkeit der Begehung durch Unterlassung¹⁾, jedoch fast immer ohne Begründung; die meisten Erläuterungsbücher nehmen zu der Frage keine Stellung. Der Ausgangspunkt für das Problem ist die Erkenntnis, daß die Tatbestände des StGB sowohl durch Begehung wie durch Unterlassung verwirklicht werden können,²⁾ wenn das Unterlassen hinsichtlich seiner Wirkung dem tatbestandsmäßigen Erfolg gleichzusetzen ist, es sei denn, daß aus der Fassung des Tatbestandes oder dem Sinn und Zweck der Strafnorm zu entnehmen ist, daß sie nur durch positives Tun erfüllt werden kann. Diesem Ausgangspunkt liegt das kriminalpolitische Bedürfnis zugrunde, daß ein Unterlassen, welches im Ergebnis den gleichen tatbestandsmäßigen Erfolg - wie die expressis verbis - strafbedrohte Begehungstat nach sich ziehe, der gleichen Strafbedrohung zu unterwerfen sei. Das Gesetz umschreibt - wie bereits erwähnt - sowohl die in den Pflichtenkreis des Rechtsbeistandes fallende Tätigkeit gegenüber der ersten Partei wie auch die strafrechtlich relevante Tätigkeit für die Zweitpartei mit dem Begriff "Dienen". Es dürfte folgerichtig sein anzunehmen, daß deshalb auch die Tätigkeit für beide Parteien nur auf dieselbe Weise vorgenommen werden kann. Der Dienst für die Erstpartei kann aber nur durch ein positives Tun nicht durch ein Unterlassen geleistet werden. Nur ein positives Tun ermöglicht die Feststellung der wichtigen Tatbestandsmerkmale "Partei" und "dieselbe Rechtssache"; es bietet erst die Grundlage, auf der die andere Partei

I) so schon Heffter § 404 Anm. 3, Oppenhoff (anknüpfend an das gemeine Recht) Note 4 zu § 329 prStGB, Goltdammer "Materialien" II S. 702, ferner Binding II 2 S. 580, Ebner S. 54 f, Früh S. 141 f, Gnodtke S. 36, Haferland S. 79 f, Meves in HH III S. 1017, Oppenhoff Note IV zu § 356, Rothardt S. 35 f, Schütze S. 483; von dem neueren Schrifttum bejahen die Möglichkeit der Begehung durch Unterlassung Decker S. 84 f, Edelmann S. 55 f, Friedlaender Anm. 25 zu § 31 RAO, Geppert S. 86, Laue S. 52, Riffel S. 44, Weimar S. 43; a.A. Boediker und unter Bezugnahme auf ihn Kalsbach "Standesrecht" S. 384; nicht ganz eindeutig RG in HRR 1937 Nr. 1281

2) Das Gesetz hat deshalb auch nur in wenigen Ausnahmefällen z.B. in den §§ 121, 221, 223b, 350 I, 347 I u. 357 StGB für die unechten Unterlassungsdelikte besondere strafrechtliche Tatbestände geschaffen.

feststellbar ist; der Dienst für die andere Partei fordert daher auch ein positives Tun.

Boedicker¹⁾ ist im übrigen der Ansicht, daß schon die Formulierung des Tatbestandes dafür spricht, daß das strafrechtliche Tun ein positives Handeln erfordere. Dieses sei aus den Worten "Rat und Beistand" zu entnehmen, die den Begriff "Dienen" einengten. Wenn ein Rat erteilt oder Beistand geleistet werde, so besage das doch, daß der Rechtsbeistand etwas täte, nicht aber, daß er etwas unterlasse. Die Worte "Rat und Beistand" könnten nur näher umschreiben, was unter "Dienen" zu verstehen sei, seien aber nicht dazu bestimmt, die ausserberufliche Tätigkeit des Rechtsbeistandes aus dem Kreis der strafbaren Handlungen auszuschneiden, da diese Relation zu der Berufstätigkeit bereits durch die Worte "bei den vermöge seiner amtlichen Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten" geschaffen sei und der gesetzliche Tatbestand nicht durch zwei verschiedene Worte dasselbe besagen könne.

Zweifellos kann ein Rat nicht durch Unterlassen erteilt werden. Etwas anderes könnte jedoch für die Beistandsleistung gelten, insbesondere für die forensische Tätigkeit des Rechtsbeistandes. Die endgültige Stellungnahme erfordert daher ein Eingehen auf die Natur der strafbaren Handlung.

§ 356 gehört im Gegensatz zu den Erfolgsdelikten zu den (schlichten) Tätigkeitsdelikten, d.h. der strafrechtlich relevante Erfolg ist im Gegensatz zu den Erfolgsdelikten von der Handlung nicht zu trennen. Er wird mit der typisierten Handlung, der Willensbetätigung unmittelbar existent.²⁾ Die Handlung, nicht der Erfolg bildet daher den tatbestandsmässigen Schlußpunkt.

Mit den echten Unterlassungsdelikten haben die schlichten Tätigkeitsdelikte gemeinsam, daß der Erfolg nicht von der Handlung zu trennen ist. Mit dem Unterlassen des durch die Norm vorgeschriebenen positiven Tuns ist der Tatbestand des echten Unterlassungsdelikts, mit der Vornahme der verbotenen Dienstleistung für die andere Partei der Tatbestand des § 356 erfüllt. In beiden Fällen bildet schon die Handlung, im ersten Fall durch Unterlassen des gebotenen Tuns, den Aktunwert. Beiden Fällen ist, wenn auch wegen ihrer grundlegend verschiedenen Struktur mit gänzlich verschiedenen Begründungen - in einem Falle handelt es sich um eine Gebots- im anderen Falle um eine Verbotsnorm - gemeinsam, daß der

1) in einer nicht veröffentlichten Abhandlung für den Strafrechtsausschuß der Deutschen Rechtsanwaltskammern über "Probleme des Parteiverrats" 1955

2) so Maurach AT § 16 III

Tatbestand beider Deliktsgruppen nicht in der Begehungsform des unechten Unterlassungsdelikts erfüllt werden kann.

Das Unterlassen kann bei einem Tätigkeitsdelikt nur dann dem positiven Tun gleichgestellt werden, wenn das Unterlassen denselben Erfolg wie das positive Tun herbeiführt. Für die unechten Unterlassungsdelikte ist deshalb die Frage nach der Kausalität zwischen der Handlung durch Unterlassung und dem Erfolg von ausschlaggebender Bedeutung. Handlung und Erfolg müssen zu trennen sein, da erst der Erfolgseintritt die Prüfung ermöglicht, ob die Tatbestandsverwirklichung auf die Unterlassung zurückzuführen ist.¹⁾ Da bei den schlichten Tätigkeitsdelikten die tatbestandsmäßige Handlung vom Erfolg nicht zu trennen ist, mithin die Frage nach der Kausalität zwischen der Unterlassung und dem Erfolg nicht gestellt werden kann, kann das Unterlassen im Falle des § 356 auch nicht einen Erfolg unabhängig von der Handlung herbeiführen, ganz gleich, welcher der für das Strafrecht vertretenen verschiedenen Kausalitätstheorien man folgt.

Auch das RG hat in einer frühen Entscheidung²⁾ ohne nähere Begründung den Standpunkt vertreten, daß nur die Erfolgsdelikte im engeren eigentlichen Sinne, nicht die schlichten Tätigkeitsdelikte durch Unterlassung begangen werden können.

Nagler³⁾ hält bei den schlichten Tätigkeitsdelikten teilweise z.B. im Falle des § 366 II StGB eine Begehung durch Unterlassung für möglich. Maursch⁴⁾ ist dagegen der Ansicht, daß auch die schlichten Tätigkeitsdelikte allgemein durch Unterlassung begangen werden können und führt als Beispiel die Begünstigung an. Diese unterscheidet sich aber vom Parteiverrat wesentlich dadurch, daß der Täter den objectiven Tatbestand verwirklicht und in bestimmter Absicht, d.h. im Hinblick auf einen Erfolg, den der Strafvereitelung oder der Sicherung der Verbrechensvorteile, gehandelt haben muß. Diese Absicht, die für das Wesen des Delikts bestimmend ist, tritt, soweit die Frage der Begehrbarkeit durch Unterlassung in Frage steht, an die Stelle des Erfolges. Wie man aber auch zu der Frage der Begehrbarkeit der schlichten Tätigkeitsdelikte durch Unterlassung stehen möge, so dürfte doch die Begehrbarkeit des § 356 durch Unterlassen nicht möglich sein.

1) Die Schwierigkeiten der Gleichstellung des Nichtstuns mit dem positiven Tun zeigt besonders Decker S. 84 f, der die Gleichstellung dem richterlichen Ermessen überlassen will.

2) RGSt 45 S. 210 (213)

3) GS Bd. 111 S. 56

4) AT § 18 III A 1, § 20 III 2 und § 23 III B 2 c am Schluß

Das Unterlassen kann bei den unechten Unterlassungsdelikten strafrechtlich nur relevant sein, wenn eine Pflicht zum Handeln, eine Erfolgsabwendungspflicht besteht. Es ist aber gerade die Eigenart der Tätigkeit des Rechtsbeistandes, daß sie, soweit im Einzelfall nicht ein bestimmtes Tun vorgeschrieben wird, in völliger Unabhängigkeit nach pflichtgemäßem Ermessen erfolgt. Ein Streit darüber, ob das pflichtgemässe Ermessen eingehalten oder überschritten worden ist, kann aber keine geeignete Grundlage zur Entscheidung über eine spezielle Erfolgsabwendungspflicht bieten.

Es muß stets eine spezielle Erfolgsabwendungspflicht bestehen.¹⁾ Der Täter muß infolge seiner Stellung in der sozialen Ordnung eine Garantenfunktion haben. Es besteht nahezu Einigkeit darüber, daß diese Funktion nicht auf Grund eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages entstehen kann, weil sonst die Meinung aufkommen könnte, als ob die Parteien durch ihren Willensakt eine neue strafrechtliche Handlung für Vertragsbruch begründen könnten.²⁾ ausserdem eine Abhängigkeit der Garantenstellung von der zivilrechtlichen Rechtswirksamkeit eines Vertrages abzulehnen ist.³⁾ Möglich ist aber, daß durch rechtsgeschäftliche Übernahme von Schutzfunktionen eine Garantenfunktion begründet wird, die die Rechtsordnung anerkennt.⁴⁾ Voraussetzung hierfür ist aber, daß die Garantenstellung auch tatsächlich bezogen wird. Dadurch tritt die Rechtsordnung als diejenige auf, die den Garanten beruft. Das Rechtsgeschäft schafft nur die rechtliche Grundlage, die soziale Abwehrstellung, worauf die Rechtsordnung die öffentlich-rechtliche Schutzpflicht aufbauen kann.⁵⁾ Zivilrechtliche Wirksamkeit und Tragweite des Vertrages sind daher für die Garantenstellung und für die sich daraus ergebenden öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nicht maßgebend.

Auf die Praevarication angewandt bedeutet dieses, daß die Unterlassung dem positiven Tun nicht gleichzustellen ist. Rechtsgrundlage der Beziehung zwischen Rechtsbeistand und Mandant ist von wenigen Ausnahmen abgesehen, die ausser Betracht bleiben können, der Mandatsvertrag. Auf Grund des Vertrages ist der Rechtsbeistand zur bestmöglichen Vertretung der Interessen des Mandanten verpflichtet. Unterläßt er eine für den Mandanten den Umständen nach gebotene Handlung ohne ausreichenden Grund oder

1) so Nagler a.a.O. S. 54, Maurach AT § 23 III A 3 u. viele andere

2) so Nagler a.a.O., S. 23

3) so Maurach AT § 23 III C 2

4) so Nagler a.a.O. S. 62

5) so Nagler a.a.O., S. 62 f

unterdrückt er z.B. zum Nachteil des Mandanten wichtige Beweismittel, so macht er sich Schadensersatzpflichtig. Durch die tatsächliche Übernahme des Mandats erhält der Rechtsbeistand aber nicht die Stellung eines Garanten. Die Mandatsübernahme führt keine besondere Gefahrenlage herbei, die eine Weiterführung der beruflichen Tätigkeit im öffentlich-rechtlichen Interesse gebietet. Eine Verpflichtung zum Handeln kann daher auch nicht aus vorangegangenen Tun hergeleitet werden. Unterläßt ein Rechtsbeistand für den Mandanten eine Prozeßhandlung oder eine andere vertraglich gebotene Handlung und gereicht dem Mandanten dieses Verhalten unmittelbar oder mittelbar zum Nachteil, so ist eine solche Verhaltensweise nicht anders zu beurteilen, als diejenige eines jeden anderen vertragsbrüchigen Partners, der dadurch dem Vertragspartner möglicherweise im Verhältnis zu einem Dritten Schaden zufügt. Die Verpflichtung zum Handeln kann deshalb nicht davon abhängen, ob im Einzelfall ein solches Verhalten der Gegenpartei zum Vorteil gereichen kann oder nicht.

Der Rechtsbeistand kann daher vertragswidrig gegenüber seinem Mandanten handeln sowohl durch ein Unterlassen gebotener Handlungen wie auch durch ein positives Schlechterfüllen. Ein solches Schlechterfüllen liegt z.B. vor, wenn der Mandant bewußt schlecht vertreten wird durch Vorbringen falscher Tatsachen oder falscher rechtlicher Gesichtspunkte, durch Einlegung von Rechtsmitteln in aussichtsloser Lage oder durch bewußte Verzögerung eines Prozesses. Solche positiven Verhaltensweisen fallen aber unter keinen Straftatbestand.¹⁾ Da das Unterlassen unrechtsgehaltsmäßig dem positiven Tun gleichzusetzen ist, kann es strafrechtlich keiner anderen Wertung unterliegen. Das Unterlassen gebotener Prozeßhandlungen für den Mandanten ist daher niemals als ein "Dienen" für die Gegenpartei anzusehen.²⁾

Das Unterlassen kann entweder 1) nur der eigenen Partei nutzen 2), der eigenen Partei schaden aber in Bezug auf die Interessen des Gegners neutral sein 3), der eigenen Partei und dem Gegner nützen oder 4) auch beiden Parteien schaden oder 5) schließlich nur dem Gegner nützen und der eigenen Partei schaden. Im Einzelfall dürfte kaum festzustellen sein, ob der eine oder andere

1) a.A. Haferland S. 79, Riffel S. 45, Weimar S. 43

2) Haferland S. 80 geht sogar so weit, eine Praevaricationshandlung anzunehmen, wenn der Verteidiger es unterläßt, ein falsches Geständnis des Angeklagten zu widerrufen oder einen Irrtum oder eine Nachlässigkeit des Gegners für die eigene Partei auszunutzen.

re Fall gegeben ist. Wer sollte hierüber entscheiden? Mit einer solchen Prüfung würde auch ein völlig neues Moment in den Straftatbestand nämlich das der Nützlichkeit bzw. Schädlichkeit für die eine oder andere Partei eingeführt werden, das nach Absatz I bedeutungslos sein müßte. Da der Absatz II nur besonders schwere Fälle des Grundtatbestandes nach Absatz I umfaßt, kann der Absatz II nicht durch Unterlassung verwirklicht werden, wenn dasselbe nicht bezüglich des Absatz I gilt. Es wäre kaum festzustellen, ob dem Unterlassen eine böse Absicht oder nur eine Nachlässigkeit zu Grunde liegt. Das Unterlassen kann - abgesehen von der Nachlässigkeit - erfolgen, um dem Gegner zu nützen, wobei der Nachteil für die eigene Partei in Kauf genommen wird - bedingter Vorsatz - oder auch nur um der eigenen Partei zu schaden, wobei an die weitere Folge, daß das Unterlassen dem Gegner einen Vorteil bringen könnte, nicht gedacht zu sein braucht. Es kann nicht lediglich vom Willen des Täters, also einem rein subjectiven Element abhängen, ob im Einzelfall das Unterlassen dem positiven Tun gleichzustellen ist. Der Täter wird regelmässig Nachlässigkeit vorschützen. Damit würde in den Handlungsbegriff bezüglich der Frage der Gleichstellung der Unterlassung mit dem positiven Tun ein diesem Begriff völlig fremdes Element eingeführt.

Schließlich könnte jegliches Unterlassen, worauf Boedicker hinweist, wenn nämlich der Mandant mehr vorgetragen haben will als der Rechtsbeistand für richtig hält oder glaubt verantworten zu können, als Beweis der querulatorischen Behauptung angesehen werden, der Rechtsbeistand habe die Wünsche des Mandanten absichtlich nicht berücksichtigt, um der Gegenseite zu nützen. Mit einem solchen Vorbringen, dem nachgegangen werden müßte, wäre besonders dann zu rechnen, wenn die Partei im Prozeß unterlegen wäre. Die Gleichstellung des positiven Tuns und der Unterlassung würde zu einem Katalog neuer tatbestandsmässiger Handlungen führen, die ihrer Struktur nach lediglich die vertraglichen Beziehungen zwischen Rechtsbeistand und Mandant betreffen, von der eigentlichen Praevaricationshandlung, nämlich dem Übergang zum Gegner in derselben Rechtssache, aber weit entfernt sind.^{1) 2)}

1) Die Ablehnung der Begehung des Delikts durch Unterlassung hindert aber wie auch bei den übrigen schlichten Tätigkeitsdelikten nicht, Beihilfe durch Unterlassung zu begehen (bestritten)

2) Als Beispiel für eine Praevarication durch Unterlassen wird gern der in "Bischoff's merkwürdige Criminalrechtfälle" Bd.4 S.261ff veröffentlichte Fall angeführt. - Ein Rechtsanwalt hatte den Auftrag angenommen, gegen einen Wechselschuldner, der Geld aus Darlehn schuldete, sofort vorzugehen, da gegen den Schuldner dringender Fluchtverdacht bestand. Die Schwester des Wechselschuldners, die mit dem Anwalt verlobt war, was aber dem Gläubiger

C) Die Kollusion (§ 356 II StGB)

1. Allgemeines

Die herrschende Lehre sieht im Absatz II gegenüber Absatz I nur einen Qualifikationsgrund. Eine Bestrafung nach Absatz II setzt demnach den vollen Tatbestand des Absatz I voraus, zu dem als weitere - qualifizierende - Merkmale die Worte "im Einverständnis mit der Gegenpartei zum Nachteil seiner Partei" hinzukommen. Der aus dem Vertrauensbruch erwachsende Schaden bildet im Rahmen des Absatz I nur einen Strafzumessungsgrund und wird erst durch Absatz II in Verbindung mit dem einverständlichen Handeln zur Kollusion, die in früheren Gesetzen als das eigentliche Wesen der Praevarication angesehen wurde.¹⁾ Das Merkmal "handelt" des Absatz II sollte offensichtlich in demselben Sinne wie das "dient" des Absatz I gebraucht werden.²⁾ Auf die abzulehnende Auffassung Wolff's³⁾, der für Absatz II einen gegenüber Absatz I völlig selbständigen, erweiterten Deliktstatbestand infolge des angeblich historisch bedingten Sinns des Wortes "dient" annimmt, ist bereits hingewiesen worden. Die Ansicht wird zum Teil auch von Neumeyer vertreten⁴⁾, der die gleichzeitige Vornahme von Berufshandlungen auch für den Gegner für möglich aber nicht wesentlich hält. Neumeyer hält also eine Bestrafung nach Absatz II auch dann für möglich, wenn ein Anwalt mit der Gegenpartei ausserberuflich verhandelt, sofern nur die qualifizierenden Merkmale gegeben sind.⁵⁾

Absatz II enthält keinen selbständigen Deliktstatbestand. Schon nicht bekannt war, bat diesen, noch kurze Zeit zu warten, bis ihr Bruder fortgezogen sei. Der Anwalt reiste daraufhin am nächsten Morgen fort und nahm den Wechsel mit. Der Gläubiger konnte deshalb den Wechsel bis zur Rückkehr des Anwalts nicht herausbekommen. - Hier liegt seitens des Anwalts kein Unterlassen sondern ein positives Tun als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Wechselschuldner vor, indem er unter Mitnahme des Wechsels fortreiste. Das "Dienen" erfordert keine Rechtshandlung, es genügt eine faktische Tätigkeit. Wenn der Anwalt nicht fortgereist und den Wechsel mitgenommen sondern den Auftrag nur liegengelassen hätte, so läge kein "Dienen" für die Gegenseite vor. Es würde auch schon an einem "Dienen" für die Erstpartei fehlen, wenn der Anwalt den Auftrag nur entgegengenommen hätte, ohne in der Sache selbst irgendetwas zu unternehmen und sei es nur durch Ratserteilung; siehe auch S. 64

-
- 1) vergl. RG in JW 1929 S. 3169, Früh S. 128. Auch einige Entwürfe zur Neufassung des § 356 sehen in der Benachteiligung das Wesen des Delikts.
2) so Geppert S. 121, Gnodtke S. 42, Weimar S. 51
3) siehe S. 191 f
4) "Vergl. Darst." IX S. 508 Anm. 2
5) vergl. Früh S. 146

das Wort "derselbe" verweist auf den Täter des Absatz I, der vermöge seiner amtlichen Eigenschaft handeln muß, die hinsichtlich der Gegenpartei nach Wolff für den Absatz II nicht mehr erforderlich ist. Absatz II ist auch aus sich heraus nicht verständlich. Er bedarf der Ausfüllung durch den Gesamttatbestand des Abs. I. Auch die Aufnahme des Tatbestandes als zweiten Absatz spricht für denselben Grundtatbestand wie für Absatz I.

Der Unterschied zwischen Absatz I und II liegt auch nicht darin, dass der Rechtsbeistand nach Absatz II im Gegensatz zu Absatz I seine Dienste der Gegenpartei versteckt zur Verfügung stellt.¹⁾ Auch im Falle des Absatz I kann der Rechtsbeistand offen oder heimlich für die Gegenseite tätig sein.

Der BGH²⁾ spricht von schwerem Parteiverrat im Gegensatz zu dem einfachen des Absatz I, während andere³⁾ den Absatz II aus der geschichtlichen Entwicklung heraus als die Praevarication im engeren Sinne, den eigentlichen Parteiverrat, Absatz I, als einfachen Parteiverrat oder Praevarication im weiteren Sinne bezeichnen möchten.

2. "im Einverständnis mit der Gegenpartei".

Dieses für die echte Praevarication wesentliche Moment war schon in Artikel 115 CCC verlorengegangen⁴⁾, wurde aber durch die Partikulargesetze des 19. Jahrhunderts wieder eingeführt.

Das Einverständnis mit der eigenen Partei nimmt der tatbestandsmässigen Handlung ihren rechtswidrigen Charakter⁵⁾, mit der Gegenpartei qualifiziert es den Unrechtscharakter der Tat, weil der Rechtsbeistand dadurch bewußt die Interessen der Gegenpartei gegen die der eigenen Partei ausspielt.⁶⁾ Ist die Gegenpartei durch einen Rechtsbeistand vertreten, so genügt dessen Einverständnis⁷⁾, auch wenn die vertretene Gegenpartei von dem Einverständnis nichts weiß. Es muß sogar schon genügen, wenn der Rechtsbeistand der ersten Partei das Einverständnis von einer Person erhält, die er für den Bevollmächtigten der Gegenpartei hält. Das Einverständnis dritter Personen genügt im übrigen selbstverständlich nicht.⁸⁾

1) a.A. Laue S. 72, Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 507

2) BGH 4 StR 530/56 U.v. 24.1.1957

3) so Binding II 2 S. 582, Kohlrausch-Lange IX zu § 356, Rothardt S. 41

4) so Binding II 2 S. 581, Ebner S. 4

5) siehe S. 236 Das Einverständnis mit der eigenen Partei schließt aber auf jeden Fall die Qualifikation nach Abs. II aus, so auch Binding II 2 S. 582

6) Gegenpartei ist jeder, der in derselben Rechtssache entgegengesetzte Interessen vertritt;

7) so Ebner S. 62 f, Riffel S. 36

8) so Ebner a.a.O., Rothardt S. 38

Für die Frage, wann das Einverständnis vorliegt, gelten die allgemeinen Auslegungsgrundsätze. Das Einverständnis muß sich auf die konkrete Handlung des Rechtsbeistandes in seinen wesentlichen Beziehungen erstrecken,¹⁾ jedoch nicht auf alle Einzelheiten der Ausführung, da das Einverständnis sich nur auf den erteilten Auftrag bezieht, die zur Durchführung erforderlichen Schritte jedoch dem Rechtsbeistand überlassen bleiben.²⁾

Von wem die Initiative zur Beistandsleistung für die Gegenpartei ausgeht, ob von der Gegenpartei oder vom Rechtsbeistand, spielt keine Rolle.³⁾ Eine Mitwirkung der Gegenpartei in einer Teilnahmeform des Strafgesetzbuches ist nicht erforderlich. Es genügt, daß die Gegenpartei mit der vorgeschlagenen Interessenwahrnehmung in derselben Rechtssache einverstanden ist.⁴⁾ Das Einverständnis braucht nicht ausdrücklich mündlich oder schriftlich erteilt zu werden. Es muß jedoch aus den Umständen einwandfrei zu entnehmen sein.⁵⁾ Zurückhaltung in der Annahme des Einverständnisses ist besonders dann geboten, wenn die Gegenpartei Empfänger eine brieflichen Mitteilung ist, in welcher die Vornahme einer Tätigkeit für den Empfänger in derselben Rechtssache angekündigt wird oder die verräterischen Tatsachen bereits enthalten sind. Für den Regelfall ist eine ausdrückliche Einverständniserklärung zu fordern. Schweigen gilt nicht als Einverständnis. Dies würde selbst unter Kaufleuten gelten, da eine Bestimmung wie die des § 362 HGB auf das Strafrecht auch sinngemäß nicht übertragbar ist. Eine Ausnahme würde gelten, wenn der Inhalt des Briefes nur dem entspricht, wozu die Gegenpartei bereits früher ihr Einverständnis erklärt hatte. Das Schweigen reicht auch dann nicht aus, wenn der Rechtsbeistand auf Grund des Charakters oder einer früheren Handlungsweise der Gegenpartei mit deren Einverständnis glaubte rechnen zu können.⁶⁾ Es wäre durchaus möglich, daß die Gegenpartei mit der angekündigten Tätigkeit des Rechtsbeistandes im entscheidenden Augenblick doch nicht einverstanden ist, selbst wenn sie vorher eine andere Auffassung vertreten hätte. Das Nichteinverständnis kann also trotz Schweigens gegeben sein.

1) so Gnedtke S. 43

2) Wolff S. 112 f drückt es so aus: das Einverständnis mit der Schädigungsabsicht ersetze noch nicht das mit der Schädigungshandlung.

3) a.A. Laue S. 72, wie hier Rothardt S. 41

4) so Wolff S. 113

5) so Binding II 2 S. 583, Ebner S. 62 f, Laue S. 72, Riffel S. 56

6) a.A. Decker S. 116 und Wolff S. 113

Das Einverständnis muß im Zeitpunkt des Dienens für die Gegenseite vorliegen und dem Rechtsbeistand bekannt sein.¹⁾ Es muß genügen, wenn das Einverständnis zugleich mit dem Angebot auf Beistandsleistung eingeholt wird. In der widerspruchsslosen Entgegennahme der Beistandsleistung in Kenntnis des dem ersten Auftraggeber durch den Rechtsbeistand bereits geleisteten Dienstes ist regelmässig ein Einverständnis zu erblicken.²⁾ Die nachträgliche Zustimmung oder die feste Erwartung, daß die Zustimmung erteilt werde, reicht für die Anwendung des Absatz II nicht aus.³⁾ Enthält der Brief, mit welchem das Einverständnis erbeten wird, bereits den Geheimnisverrat, so ist die Qualifizierung nicht gegeben, da das Einverständnis bei Absendung des Briefes vorliegen muß. Der Grund für die Straferhöhung liegt gerade darin, daß das Einverständnis mit der Gegenseite, also die Verabredung mit ihr, als besonders verwerflich angesehen wird. Würde im vorstehenden Falle ein qualifizierter Fall angenommen werden, so müßte nicht nur das wirkliche sondern auch das vermutete Einverständnis für die Qualifizierung ausreichen, wobei es ohne Bedeutung wäre, ob das Einverständnis nachträglich erteilt wird oder nicht. Das Einverständnis kann daher nur dann als Qualifikationselement gelten, wenn es im Augenblick der Praevaricationshandlung auch dem Täter bekannt war.

3) "zum Nachteil seiner Partei".

Das Einverständnis des Rechtsbeistandes mit der Gegenseite bildet aber nur dann einen Straferhöhungsgrund, wenn er ausserdem "zum Nachteil seiner Partei" handelt.

Das Einverständnis mit der Gegenseite braucht sich aber nicht auf die Nachteilszufügung zu erstrecken. Es genügt, wenn die Gegenseite weiß, in welcher Weise ihr der Rechtsbeistand dienen will, mag sie auch dessen schädigende Absicht gegenüber seinem Auftraggeber nicht erkannt haben. Die Schädigungsabsicht ist regelmässig ein innerer Vorgang, der, soweit die Gegenseite in Frage kommt, das strafwürdige Verhalten des Rechtsbeistandes nicht berührt. Es wäre daher nicht verständlich, wenn die Qualifizierung von einem inneren, kaum feststellbaren Vorgang der Gegenseite, ob diese nämlich die Erstpartei des Rechtsbeistandes

1) so Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 508, Geppert S. 121

2) vergl. BGH 4 StR 530/56 unter III 2

3) so Decker S. 111, Früh. S. 147, Geppert S. 127, Rothardt S. 41, 48. Auch eine nur zufällig erlangte Kenntnis von der Zustimmung des Gegners kann für Abs. II nicht ausreichen; zu fordern ist willensmässige Übereinstimmung.

schädigen wollte oder wenigstens mit der Nachteilszufügung durch den Rechtsbeistand einverstanden war, abhängen würde.¹⁾

Sehr umstritten ist, ob Absatz I den Nachteilseintritt erfordert oder die Benachteiligungsabsicht genügt. Ist die Benachteiligungsabsicht als ausreichend anzusehen, so erhebt sich die weitere Frage, was unter Absicht im Sinne des Abs. II zu verstehen ist. Muß die Nachteilszufügung wenigstens eines der Motive sein, aus denen heraus der Rechtsbeistand gehandelt hat, wie es Schönke-Schroeder²⁾ im Falle des § 274 Ziff. 1 StGB - "Urkundenunterdrückung" in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen" annimmt? Muß der Täter wenigstens das Bewußtsein haben, daß der Eintritt des Nachteils eine notwendige Folge des Dienstes für die Gegenpartei ist oder genügt, daß er sich vorstellt, seine Handlung müßte eine Schädigung der eigenen Partei zur Folge haben und er gleichwohl eine solche Schädigung für den Fall, daß sie eintritt, will?³⁾

Mit wenigen Ausnahmen wird angesichts des unklaren Tatbestandes die Benachteiligungsabsicht für ausreichend erachtet.⁴⁾ Frank und Früh begründen ihre gegenteilige Ansicht damit, daß das Bewußtsein der Schädigungsmöglichkeit des Erstauftraggebers durch den Dienst für die Gegenpartei bereits nach Absatz I gefordert werde und Absatz II im Gegensatz dazu den Nachteilseintritt verlange. Dies trifft jedoch nicht zu. Der Tatbestand des Absatz I kann erfüllt sein, ohne daß der Täter eine Interessenverletzung

1) so Geppert S. 123 f., a.A. Wolff S. 113, der das Einverständnis nicht auf die Handlung nach Abs. I bezieht, sondern auf den Tatbestand des Abs. II, weil seiner Ansicht nach der Tatbestand des Abs. II nicht den von Absatz I voraussetzt, sondern ihm gegenüber selbständig ist. Es ist aber nicht ersichtlich, warum die Kenntnis der Schädigungsabsicht durch die Gegenpartei Voraussetzung für die Straferhöhung sein soll.

2) II 3 zu § 274 StGB, ähnlich Rothardt S. 37

3) vgl. RG in HRR 1936 Nr. 1026 und 1942 Nr. 420

4) Schon in der gemeinrechtlichen Literatur zu Artikel 115 CCC wurde überwiegend der Eintritt des Nachteils nicht erfordert, so Henke § 157 Ausg. 1830 S. 89 f., Tittmann § 498 S. 502, Feuerbach Mittermaier § 42 Fußnote 3, Schwarze in "Weiskes Rechtslexikon" 8. Band S. 237, a.A. Heffter S. 321 § 404 Die Benachteiligungsabsicht lassen später genügen: Coltdammer "Materialien" II S. 703, Oppenhoff Note 7 zu § 329 prStGB, Mewes in HH III S. 1018, Binding II 2 S. 582, Decker S. 115, Edelmann S. 64, Ebner S. 64, Geppert S. 122, Gnodtke S. 42 f., Göke S. 277, Laue S. 73, Maurach Bs.T. § 82 VII 2 S. 583, Olshausen Note 6 zu § 356, Weber in LZ 1926 S. 309, Welzel "Das Deutsche Strafrecht" § 75 VI 7. Den Nachteilseintritt fordern Frank II zu § 356, Becker S. 29, Früh S. 146 f., Hälschner II S. 1084, Haferland S. 85, Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 507 f., Rudorff-Stenglein Note IV zu § 356, Weimar S. 51, Schönke-Schroeder VI zu § 356, LK Anm. 9 zu § 356, BCH 1 StR 39/55 v. 15.11.55.

gegenüber seinem Erstauftraggeber im Auge hat.

Die Forderung des Nachteilseintritts würde auch ein dem Wesen des Delikts fremdes Element in den Tatbestand hineintragen. Dies liegt in dem Treubruch, in dem Verrat der Interessen des Mandanten.¹⁾ Dieser Verrat ist schwerwiegender, wenn ihm ein Einverständnis mit der Gegenseite und die Absicht der Nachteilszufügung zugrunde liegt.

Der Eintritt des Nachteils selbst kann von Zufälligkeiten abhängen, die das Wesen des Delikts nicht berühren. Der Nachweis, daß der Nachteil im Kausalzusammenhang mit dem Dienst für die Gegenpartei steht, kann, worauf Wolff hinweist²⁾, im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, z.B. im Prozeß, da die Praevaricationshandlung keinen unmittelbaren Einfluß auf das durch einen unabhängigen Richter gesprochene Urteil hat. Auch die geschichtliche Entwicklung spricht gegen die Annahme der Praevarication als Delikt mit Nachteilseintritt wie es z.B. bei § 266 StGB als Vermögensdelikt der Fall ist.³⁾

Ist die Benachteiligungsabsicht als ausreichend anzusehen,⁴⁾ so enthält das Merkmal "zum Nachteil seiner Partei" kein weiteres, über das Dienen des Absatz I hinausgehendes objektives Tatbestandsmerkmal. Vollendung ist also schon mit dem Dienst für die Gegenpartei, und zwar dem ersten auch bei mehreren vorgesehenen Dienstleistungen, gegeben, nicht erst mit Eintritt des Nachteils.⁵⁾ Die Erweiterung gegenüber Absatz I liegt also, abgesehen von dem bereits erörterten Merkmal "im Einverständnisse mit der Gegenpartei", nur im Bereich des subjectiven Tatbestandes.

Ein kurzes Eingehen auf dieses subjektive Tatbestandsmerkmal schon an dieser Stelle empfiehlt sich, soweit es für die Heraus-

- 1) Rothardt S. 37 bezeichnet die Praevarication als subjectives Zustandsdelikt, eine Auffassung, die dem Wesen des Delikts nicht ganz gerecht wird.
- 2) S. 109 f. Seine Ansicht, daß die Benachteiligungsabsicht genügen müsse, weil sonst nicht die Praevarication als selbständiges Delikt neben der Untreue gerechtfertigt wäre, ist aber auch nicht als zutreffend anzusehen.
- 3) Wäre der Nachteilseintritt objectives Tatbestandsmerkmal, so wäre bei Nichteintritt des Nachteils ein Versuch nach Abs. II in Idealkonkurrenz mit vollendetem Delikt nach Abs. I anzunehmen. Das Verhältnis von Abs. I zu Abs. II wäre verschoben.
- 4) Neben der Benachteiligungsabsicht gegenüber dem ersten Auftraggeber ist die Absicht der Begünstigung der Gegenpartei weder für Abs. I noch für II erforderlich oder ausreichend; so auch Geppert S. 124, a. A. Goltdammer "Materialien" II S. 700, der das Bewußtsein fordert, daß durch die Begünstigung des Gegners der eigenen Partei ein Nachteil zugefügt wird.
- 5) so Binding II 2 S. 583

stellung des Erweiterungstatbestandes des Absatz II gegenüber Absatz I von Bedeutung ist.

Der BGH¹⁾ hält für die innere Einstellung des Täters ein Handeln mit bestimmtem Vorsatz - *dolus directus* - also ein sicheres Wissen und Wollen für genügend,²⁾ fordert also keine motivierende Erfolgsvorstellung. Die Nachteilszufügung muß nicht nur Inhalt seines Wissens, sondern auch seines Willens geworden sein. Da jegliches strafrechtliches Handeln zweckbestimmtes Handeln ist, liegt ihm stets eine "Absicht" zugrunde..

Das Bewußtsein der Nachteilszufügung braucht nach einhelliger Ansicht nicht vermögensrechtlicher Art sein. Es genügt schon eine Verschlechterung der prozessualen Lage.³⁾ Wodurch diese im Einzelfall eintritt, ist gleichgültig.⁴⁾ Als Nachteil ist alles anzusehen, was der Rechtsbeistand dafür erachtet⁵⁾ oder objectiv im Hinblick auf die Interessen der Erstpartei anzusehen ist. Ob das Mittel für die beabsichtigte Nachteilszufügung geeignet ist, ist belanglos. Der Nachteil muß sich nur auf die dem Rechtsbeistand durch den Erstauftraggeber anvertrauten Interessen beziehen und nach dem Willen des Rechtsbeistandes eine Folge der Vertretung der Interessen der Gegenpartei sein.

4. Abschnitt.

Der subjective Tatbestand

- Vorsatz und Tatbestandsirrtum -

I. Allgemeines

Die Behandlung des Vorsatzes und des Tatbestandsirrtums gemäß § 59 I StGB als der Kehrseite der Lehre von den positiven Wissenserfordernissen des Vorsatzes⁶⁾ innerhalb der Tatbestandsmäßigkeit setzt voraus, daß der Vorsatz nicht Bestandteil der Schuld sondern ein von der Schuld unabhängiges Element ist, wie es die Schuldtheorien im Gegensatz zu den Vorsatztheorien annehmen. Der Vorsatz ist danach wertungsfrei, nur der Reflex des objectiven Tatbestandes in subjectiver Hinsicht, soweit nach dem gesetzlicher

1) BGH 4 StR 530/56 Urv. 24.1.1957

2) ganz ähnlich schon Oppenhoff Note 7 zu § 329 prStGB und Note 8 zu § 356, a.A. Wolff S. 111, der aus historischen Gründen zwecks Angleichung an Artikel 115 CCC die Nachteilszufügung als Zielsetzung verlangt. Damit würde Abs. II praktisch zur Bedeutungslosigkeit verurteilt; wie Wolff auch Decker S. 115

3) so Früh S. 147, Ceppert S. 23, Riffel S. 55, Schönke-Schroeder VI zu § 356 und Schwarze Anm. 6 zu § 356

4) so Binding II 2 S. 582

5) so Decker S. 115 und Wolff S. 111

6) so Warda a.a.O. S. 32

Tatbestand die einzelnen Merkmale des objectiven Tatbestandes auch vom Vorsatz umfaßt sein müssen.

Es kann nicht Sinn dieser Arbeit sein, in eine grundsätzliche Erörterung des Für und Wider der Vorsatz- und Schuldtheorien einzutreten, die bereits Gegenstand einer sehr umfangreichen wissenschaftlichen Literatur sind. Der unter diesen beiden Bezeichnungen ausgefochtene Theorienstreit betrifft die Extreme. Die vermittelnden Lösungsversuche beziehen sich auf den wichtigen Fall des Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund, der auch für die Praevarication seine Bedeutung hat.¹⁾

Rechtsprechung und Wissenschaft sind sich seit dem grundlegenden Beschluß des Grossen Strafsenats des BGH vom 10.3.1952²⁾ darüber einig, daß im Gegensatz zu der früheren Rechtsprechung des RG das Unrechtsbewußtsein als allgemeines Verbrechensmerkmal anzuerkennen ist. Nur über den Standort des Unrechtsbewußtseins innerhalb des Gesamtaufbaus des Verbrechens gehen die Ansichten auseinander. Sie haben ihren Niederschlag in den bereits erwähnten Vorsatz- und Schuldtheorien gefunden.

Die Vertreter der Vorsatztheorien sehen das Unrechtsbewußtsein als Bestandteil des Vorsatzes an, so daß nicht nur der Irrtum über einen Tatumstand des gesetzlichen Tatbestandes, sondern über den § 59 StGB hinaus jeder Irrtum über das Verbotensein den Vorsatz ausschließt, mag der Irrtum im Einzelfall auf irrtümliche Annahme rechtfertigender Umstände, tatverantwortungsausschliessender Gründe oder auf rechtlich falsche Interpretierung der Norm als solcher oder einzelner Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes zurückzuführen sein. Es ist hierbei ohne Bedeutung, ob der Irrtum auf irrtümlicher Annahme tatsächlicher, die Rechtswidrigkeit oder Schuld ausschliessende Gründe oder lediglich auf irrtümlicher Annahme nicht vorhandener oder in seinem Umfang verkannter Rechtfertigungs- oder Schuldausschliessungsgründe beruht. Für den Vertreter der Vorsatztheorie gibt es bei der Verwirklichung eines Straftatbestandes keinen grösseren Unterschied als zwischen demjenigen, der sich bewußt gegen die Rechtsordnung auflehnt und demjenigen, der infolge Irrtums, gleichgültig, worauf dieser zurückzuführen ist³⁾, gegen eine Strafnorm

1) vgl. Maurach A.T. § 39 I; Schönke-Schroeder § 59 V 6 u. 7
hält überhaupt im Hinblick auf die Einordnung der Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe eine Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum für undurchführbar.

2) BGHSt 2 S. 194 ff

3) so Mezger "Strafrecht." AT § 69 IV am Schluß

verstößt. Wer infolge Irrtums gegen eine Strafnorm verstosse, könne nicht vorsätzlich handeln.

Innerhalb der Vorsatztheorien fordern die Vertreter der strengen Vorsatztheorie¹⁾ das aktuelle, d.h. im Einzelfall konkret nachweisbare Vorhandensein des Unrechtsbewußtseins, so daß schon das Fehlen des aktuellen Unrechtsbewußtseins den Vorsatz ausschliessen würde. Die Vertreter der eingeschränkten Vorsatztheorie, wie Mezger, Schönke-Schroeder, H. Mayer lassen dagegen für den Vorsatz das Vorhandensein des potentiellen Unrechtsbewußtseins genügen, beschränken es jedoch, um sich nicht dem Vorwurf der Eingliederung des Unrechtsbewußtseins in das Reich der Wertungen auszusetzen, auf den Fall der Rechtsfeindschaft. Der Unterschied zwischen dem aktuellen und potentiellen Unrechtsbewußtseins ist noch im Abschnitt "Schuld" näher zu erläutern.

Die Anerkennung eines subjectiven Tatbestandes setzt die Trennung des Vorsatzes von der Schuld und damit die Bejahung der Schuldtheorie im grundsätzlichen voraus.²⁾ Vorsatz ist Wissen und Wollen der Tat und als solcher wertungsfrei.³⁾ § 59 StGB behandelt den vorsatzausschliessenden Irrtum nach der strengen Schuldtheorie abschliessend, während die Vertreter der Vorsatztheorie annehmen, daß in § 59 StGB nur ein Teil des auf den gesetzlichen Tatbestand bezüglichen Irrtums geregelt sei. Ein Irrtum im Rahmen des § 59 StGB ist Tatbestandsirrtum, jeder andere rechtlich beachtliche Irrtum ist nach den Schuldtheorien Verbotsirrtum. Damit ist durch die Schuldtheorie, der sich auch der BGH angeschlossen hat, anstelle der früheren durch das RG aufgestellten Unterscheidung zwischen Tat- und Rechtsirrtum und innerhalb des Rechtsirrtums wieder zwischen strafrechtlichem und ausserstrafrechtlichen Irrtum ein neues grundlegendes Gegensatzpaar - Tatbestands- und Verbotsirrtum - getreten. Verbotsirrtum ist jeder beachtliche Irrtum, der nicht Tatbestandsirrtum ist. Er berührt den Vorsatz nicht und hat nur innerhalb der Schuld seine Bedeutung.

Eine ähnliche Unterscheidung unter Verwendung derselben Be-
1) so z.B. Schroeder MDR 1950 S.650 und 1951 S.390,
Lang-Hinrichsen JR 1953 S. 184, 302

2) Die näheren Unterscheidungen innerhalb der Schuldtheorien sind nur für die Irrtumslehre von Bedeutung und sollen deshalb erst innerhalb dieser Lehre behandelt werden.

3) Der Vorsatzbegriff nach den Schuldtheorien entspricht dem Vorsatzbegriff des RG, das jedoch - wie bereits erwähnt - das Unrechtsbewußtsein weder als Bestandteil des Vorsatzes noch der Schuld anerkannte.

griffe trifft Peters.¹⁾ Er unterscheidet zwischen dem Irrtum auf ethischer und sonstiger Grundlage. Der auf ethischer Grundlage beruhende Irrtum wird als Verbotsirrtum behandelt, jeglicher sonstige Irrtum unter den § 59 StGB eingeordnet. Nach dieser Unterscheidung wird zunächst das Anwendungsgebiet des Verbotsirrtums abgesteckt, während sonst als Verbotsirrtum nur derjenige Irrtum gilt, der nicht Tatbestandsirrtum ist. Praktisch läuft die Unterscheidung unter Berücksichtigung dieses grundlegenden Gegensatzpaares auf eine Ausweisung der Anwendung des § 59 StGB gegenüber den Vertretern der strengen Schuldtheorie hinaus.

Schroeder²⁾ und Lang-Hinrichsen³⁾ sind der Ansicht, daß angesichts der normativen Tatbestandsmerkmale, einzelner Rechtfertigungsgründe, die wie die Einwilligung die Tatbestandsmässigkeit wie auch die Rechtswidrigkeit beseitigende Kraft haben und der Blankettgesetze sich mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit der Scheidung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit eine klare Scheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum nicht durchführen lasse. Schönke-Schroeder⁴⁾ weist mit Recht darauf hin, daß fast jedes Tatbestandsmerkmal, nicht nur das normative, einer rechtlichen Wertung unterliege und deshalb falsch interpretiert werden könne. Die normativen Tatbestandsmerkmale unterliegen, indem sie auf andere Normen Bezug nehmen, nur regelmässig einer Wertung. Die Gefahr einer falschen Interpretierung ist daher bei ihnen grösser. Engisch⁵⁾ hat aber den schwierigen Nachweis erbracht, daß die Wertungen bei den normativen Tatbestandsmerkmalen innerhalb des Tatbestandsmässigen bleiben und nicht das Verbot als solches betreffen. Maurach⁶⁾ ist auch der Ansicht, daß es nur Sache richtiger Tatbestandsauslegung sei, wann die Einwilligung tatbestandsvernichtend wirke und damit den Interessengegensatz aufhebe oder unter Aufrechterhaltung des Tatbestandes das Unrecht ausschliesse. Auch bei den Blankettstrafgesetzen sind Tatbestand und Rechtswidrigkeit scharf zu trennen, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Tatbestand im Wege der Blankettausfüllung festgelegt wird.⁷⁾ Allerdings ist § 356 zum Nachweis des letzten ungeeignet, da es sich bei der Norm entgegen dem BCh nicht um ein Blankettgesetz handelt.

1) in JZ 1953 S. 211

2) in MDR 1951 S. 388 und in ZWSt. Bd. 65 S. 182

3) in JR 1952 S. 184 und in JZ 1953 S. 362 ff

4) § 59 III 7 e.

5) in Festschrift für Mezger S. 129 insbes. 161 f "Die normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht".

6) A.T. § 24 I B 4

Maurach¹⁾ vertritt weiter die Ansicht, daß § 356 zu denjenigen Tatbeständen gehöre, bei denen die Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum die Judikatur vor erhebliche, bisher nicht gelöste, Schwierigkeiten gestellt hat. Dies dürfte zwar nicht mehr zutreffen. Es bleiben jedoch Schwierigkeiten bei der Abgrenzung. Schon zur Zeit des Bestehens des RG war § 356 eine Strafnorm, bei deren Anwendung Grundfragen der Irrtumslehre besonders ausführlich behandelt wurden.

II) Der Vorsatz innerhalb des § 356 StGB.

Sämtliche Begriffsmerkmale des § 356 I und II müssen vom Vorsatz umfaßt sein. Während aber im Falle des Absatz I objectiver und subjectiver Tatbestand kongruent sind, geht der subjective Tatbestand des Absatz II mit den Worten "zum Nachteil seiner Partei" über den objectiven Tatbestand hinaus.¹⁾

Zum Vorsatz gehört das Wissen und Wollen der einzelnen Tatbestandsmerkmale, so wie sie in den vorhergehenden Abschnitten erarbeitet worden sind und damit die Straftat in ihren wesentlichen Beziehungen kennzeichnen. Kennt der Täter eines der Merkmale nicht aus welchem Grunde ist belanglos - so handelt er im Sinne des § 59 StGB nicht vorsätzlich. Das RG unterschied zwischen den Tatsachen, die den gesetzlichen Tatbestand bilden und den rechtlichen Schlußfolgerungen aus ihnen und ließ nur den Irrtum über die Tatsache als Irrtum im Sinne des § 59 StGB gelten.

Lehre und Rechtsprechung stehen heute überwiegend auf dem Standpunkt, daß die Scheidung nicht mehr zwischen Tatsachen (Tat)- und Rechtsirrtum erfolge, sondern anstelle der Tatsache der Tatumstand getreten sei. Der Tatumstand umfaßt neben der rein sinnfälligen Tatsache auch deren sozialen Bedeutungsgehalt, nicht aber die zutreffende rechtliche Subsumtion. Der Unterschied ist besonders wichtig bei den normativen Tatbestandsmerkmalen. Wie Welzel²⁾ mit Recht erklärt, genügt es z.B. hinsichtlich des normativen Merkmals "derselben Rechtssache" nicht, daß der Täter die Tatsachen kennt, die für den Begriff "derselben Rechtssache" erheblich sind. Daß der Täter für die Gegenpartei ein Interesse vertritt, das dem Interesse der Erstpartei objectiv entgegengesetzt ist, sondern er muß aus den ihm bekannten Tatsachen, die den Interessengegensatz ausmachen, den Schluß gezogen haben, daß dieselben Interessen gegeben seien, mit anderen Worten, er muß das normative Element des Merkmals erkannt haben; denn der Begriff "derselben Rechtssache" s. S. 204 f.

2) in JZ 1954 S. 278 f u. Warda a.a.O. S. 32

che" ist nur durch einen geistigen Rückschluß wahrnehmbar.¹⁾²⁾ Dieses muß umsomehr gelten, wenn "dieselbe Rechtssache", wie hier angenommen wird, im subjectiven Sinne zu verstehen ist. Der Vorsatzbegriff erfährt dadurch gegenüber dem des RG eine Erweiterung, was wiederum eine Erweiterung des Irrtumsumfanges zur Folge hat. Die Trennungslinie in der Irrtumslehre liegt nicht mehr, wie früher das RG angenommen hat, zwischen Tatsache und Rechtsbegriff, sondern zwischen Tatumstand - Tatsache in ihrem sachlichen Gehalt- und Rechtsbegriff.

Legt man dagegen innerhalb der Irrtumslehre die Unterscheidung zwischen dem Irrtum auf ethischer Grundlage und dem sonstigen Irrtum zu Grunde, so ist auch die neugezogene Trennungslinie zwischen Tatumstand und Rechtsbegriff nicht gerechtfertigt.

Der Vorsatz muß sich erstrecken auf die Täter- und Handlungsmerkmale. Der Täter muss also wissen,

1. daß er ein Rechtsbeistand im Sinne des § 356 ist. Da es sich bei dem Täterkreis des § 356 regelmässig um juristisch erfahrene Personen handelt, wird ein Irrtum über den Begriff "Rechtsbeistand" selten sein, ist jedoch nicht ausgeschlossen.
2. Der Täter muß ferner wissen, daß ihm die Angelegenheit zum Zwecke rechtlicher Auswertung anvertraut ist, er also gegenüber der Erstpartei, sei es durch Vertrag oder behördlichen Auftrag - Beiordnung als Armenvertreter oder Bestellung als Verteidiger - gebunden ist und er in seiner Eigenschaft als Rechtsbeistand nicht im blossen Gefälligkeitsverhältnis in Anspruch genommen wird.³⁾
3. Das Wissen muß sich weiter auf den Begriff der "beiden Parteien" erstrecken", wobei anstelle des Begriffs der "Partei" die Definition "Personen mit entgegengesetzten Interessen, die in derselben Rechtssache rechtlich beteiligt sind" zu setzen ist. Die Vorstellung des Täters muß also jedes Merkmal dieser Definition umfassen. Soweit also der Interessengegensatz durch Handeln im gegenseitigen Einvernehmen bei einem

1) Mezger Lehrb. § 44 I 3 bezeichnet diesen Vorgang als Parallelwertung in der Laiensphäre, während Welzel (JZ 1954 S.279) die Bezeichnung "Parallelbeurteilung im Täterbewußtsein" -Erfassung des Tatumstandes in einer der gesetzlichen Beurteilung parallelen Weise - vorschlägt, da bei dem Begriff "derselben Rechtssache" es sich weder um Laien noch um eine Wertung handle. Der Leipziger Kommentar V 1 zu § 356 will diese Wertung nur im Bereich des Verbotsirrtums nicht des Tatbestandsirrtums gelten lassen.

2) Dieses gilt für jeden Tatbestand, der Elemente enthält, die nur geistig verstehbar sind. Der Täter muß jenen Verstandesakt vollziehen, der das betreffende geistige Element ihm zum Bewußtsein bringt.

wenn auch möglicherweise nur vorläufigen gemeinsamen Ziel ausgeschlossen ist, kann die Vorstellung, trotzdem gegen § 356 zu verstossen, nicht von Bedeutung sein. Das Einverständnis der Erstpartei mit der Wahrnehmung der Interessen der Gegenpartei schließt jedoch den Vorsatz nicht aus.

4. Dasselbe gilt hinsichtlich des normativen Tatbestandmerkmals "derselben Rechtssache",¹⁾ die als Rechtssache definiert wurde, an der mehrere Personen mit entgegengesetzten Interessen rechtlich beteiligt sein können. Der Täter muß in dem neuen Auftrag den Gegenstand des früheren Auftrags wiedererkennen.²⁾ Schon das RG³⁾ hat mit Recht darauf hingewiesen, daß in vielen Fällen die Kenntnis der Rechtssachenidentität auch die Kenntnis des Interessengegensatzes in sich schließt.
5. Was das Merkmal "pflichtwidrig" angeht, so spielt es für den Vorsatz keine Rolle, ob man es mit Welzel als überflüssig ansieht, weil es kein im Verhältnis zu dem übrigen Tatbestand neues Merkmal hinzufüge oder mit dem BGH als durch das Landesrecht nach Art eines Blankettgesetzes ausfüllungsbedürftiges Merkmal ansieht, denn die standesrechtliche Vorschrift bringt, wie dargelegt, für den Straftatbestand praktisch kein neues Merkmal. Dieses gilt auch für das Merkmal der entgegengesetzten Interessen, das als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Begriffs "der Partei" und "derselben Rechtssache" vom Vorsatz umfaßt sein muß.
6. Der Täter muß weiter wissen, daß er beiden Parteien durch Rat oder Beistand dient, also eine Handlung vornimmt, die generell geeignet ist, die Interessen beider Parteien zu fördern.

Die rechtliche Bedeutung des Vorsatzes reicht nicht weiter als die tatbestandliche Handlung sich erstreckt. Das Wahnverbrechen ist nicht strafbar. Der durch Auslegung zu ermittelnde Inhalt der einzelnen Tatbestandsmerkmale hat daher seine wesentliche Bedeutung auch für den subjectiven Tatbestand. Wenn auch durch den subjectiven Tatbestand, mithin durch die Vorstellung des Täters, nicht etwas für strafbar erklärt werden kann, was objectiv keine tatbestandliche Handlung darstellt,⁴⁾ so kann aber doch der subjective Tatbestand wie im Falle des § 356 II über den objectiven

1) so Welzel in NJW 1954 S. 278 II. Spalte, weil das Tatbestandsmerkmal Elemente, die nur geistig verstehbar sind, so "die Identität" der Rechtssache enthalte.

2) so RGSt 60 S. 298, BGH 4 StR 616/54 U v. 10. 3. 55 u. Wolff S. 124f

3) in JW 1937 S. 2964

4) so Sauer S. 522

Tatbestand hinausgehen.

Was zunächst das Merkmal "im Einverständnis . mit der Gegenpartei" angeht, so muß der Täter des qualifizierten Delikts vor Beginn des Dienstes für die Gegenpartei wissen, daß diese mit dem Dienen, das dem Interesse der Erstpartei entgegengesetzt ist, einverstanden ist. Das Merkmal zum Nachteil seiner Partei fordert nach dem BGH¹⁾ nur die bestimmte Vorstellung des Täters, daß durch sein Dienen in derselben Rechtssache für die von ihm vertretene Erstpartei ein Nachteil eintreten werde, nicht aber darüber hinaus eine im übrigen kaum nachweisbare Motivationslage, wonach die Nachteilszufügung das alleinige oder wenigstens mitbestimmende Motiv der Tat ist.

Dieser als Mindestvoraussetzung für Absatz II geforderte bestimmte Vorsatz schließt aber den *dolus eventualis* aus.²⁾ Es spielt hierbei keine Rolle, ob man der Wahrscheinlichkeits- oder der Einwilligungstheorie folgt. Ein Täter, der die Nachteilszufügung sich nur als wahrscheinlich vorstellt oder für möglich hält und für den Fall des Eintritts mit in Kauf nimmt, läßt sich hinsichtlich seiner Tat durch den Gedanken der Nachteilszufügung weder leiten noch beeinflussen. Der Nachteil ist dann eine nicht gewünschte sondern nur gebilligte Folge seines Handelns. Die erhebliche Qualifizierung durch Absatz II ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn der Gedanke an den für die Erstpartei eintretenden Nachteil ein wesentliches und damit bestimmendes Faktum in der Vorstellung des Täters gewesen ist. Da für Absatz I die Vorstellung eines möglichen Nachteileintritts nicht gefordert wird, also auch keine Absicht über die Kenntnis des objektiven Tatbestandes hinaus, so ist der *dolus eventualis* für Absatz I als ausreichend anzusehen.³⁾ Da es sich um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt handelt, kann sich die Vorstellung nicht auf den Erfolg richten. Es muß daher als ausreichend angesehen werden, wenn der Täter eine Forderung der Interessen der Gegenpartei durch seine Tätigkeit in derselben Rechtssache nur für möglich hält, sie aber mit in Kauf nimmt.⁴⁾ zumal das Gesetz in subjectiver Hinsicht keine besonderen Erfordernisse

1) siehe S. 206, vergl. Mühlmann-Bommel Note VI zu § 356.

2) ebenso Mühlmann-Bommel Note IX zu § 356, Haferland S. 84, a.A. Binding II. 2, S. 583, Fries S. 92, Früh S. 145, Rotnardt S. 42. Der BGH StR 530/56 O. v. 24. 1. 57 läßt es dahingestellt sein, ob der *dolus eventualis* für Absatz II ausreicht: Nach Schönke-Schroeder § 59 IV 2. d. schließt der direkte Vorsatz den *dolus eventualis* aus. Er fordert aber offensichtlich für II nicht den direkten Vorsatz, da er bedingten Vorsatz genügen läßt.

3) so Meves in HH III S. 1016, Weimar S. 49, a.A. Sauer S. 522

aufstellt.

Das vielfach geforderte Bewußtsein des Vertrauensbruches bezieht sich nicht auf ein weiteres Tatbestandsmerkmal¹⁾, sondern ergibt sich ohne weiteres aus dem Bewußtsein des Täters, daß er in derselben Rechtssache entgegengesetzten Interessen dient.

Der zum Vorsatz weiter erforderliche Wille, die Interessen der Gegenpartei in derselben Rechtssache, die im Interessengegensatz zu der erstvertretenen Partei stehen, wahrzunehmen, muß in jedem Falle auch beim dolus eventualis sicher sein.

III) Der den Vorsatz ausschliessende Irrtum.

Deckt sich der subjective Tatbestand nicht mit dem objectiven Tatbestand d.h. nimmt der Täter irrtümlich an, daß ein Tatbestandsmerkmal des gesetzlichen Tatbestandes nicht erfüllt sei, so ist der Vorsatz ausgeschlossen.

Schwierigkeiten haben sich im Hinblick auf § 356 I in mehrfacher Hinsicht ergeben, einmal hinsichtlich der Begrenzung des Begriffs des "Tatumstandes", zum anderen hinsichtlich der Frage, ob und inwieweit Subsumtionsirrtümer unter den § 59 StGB fallen und schließlich, ob § 59 StGB direkt oder entsprechend auf tatsächliche oder Subsumtionsirrtümer hinsichtlich eines Rechtfertigungsgrundes z.B. hinsichtlich der Einwilligung²⁾ anwendbar sind.

A) Die Auffassung des Reichsgerichts.

1) Der Irrtum über ein Tatbestandsmerkmal.

War das Wort "rechtswidrig" oder ein sinnentsprechendes Wort wie bei § 356 das Merkmal "pflichtwidrig" in den äusseren Tatbestand aufgenommen, so forderte schon das RG im Gegensatz zu seiner sonstigen Rechtsprechung das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, sodaß der Irrtum über die Rechtswidrigkeit den Vorsatz ausschloß, jedoch mit der Maßgabe, daß der aus einem Strafrechtsirrtum ent-

4) so Schönke-Schroeder § 59 IV 2 a in geringfügiger Abweichung von der Einwilligungstheorie, die auch vom RG vertreten wurde.

1) a.A. Rothardt, S. 40, der es auf die Pflichtwidrigkeit bezieht.

2) Genau genommen gehört die Erörterung dieser Frage nicht hierher, weil sie nicht den Irrtum über ein Merkmal des objectiven Tatbestandes betrifft und die Irrtumsfrage über ein Rechtfertigungsmerkmal als dessen Kehrseite nicht vor Erörterung des Merkmals selbst behandelt werden sollte. Da jedoch auf den Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund überwiegend der § 59 StGB unmittelbar oder analog angewandt wird, so ist eine Behandlung bereits an dieser Stelle vor der Rechtswidrigkeit, die erst nach der Tatbestandsmässigkeit zu behandeln ist, kaum zu vermeiden.

standene Glaube an die Rechtmässigkeit den Vorsatz unberührt ließ.¹⁾ Der Irrtum über ein im Tatbestand des § 356 autonom geregeltes Merkmal war stets unbeachtlich. Den Tat- und ausserstrafrechtlichen Rechtsirrtum behandelte das RG jedoch gleich. In beiden Fällen war der Vorsatz ausgeschlossen.

Irrte der Täter hinsichtlich seiner Eigenschaft als möglicher Täter, z.B. glaubte er nur als Notar für die Erst- oder Zweitpartei tätig geworden zu sein, obwohl er für beide Parteien als Rechtsanwalt tätig geworden war,²⁾ so war dieser Irrtum ebenso zu behandeln wie der des Täters, der im Augenblick des Dienens für die Erstpartei noch nicht wußte, daß er als Referendar zum Rechtsanwaltsvertreter bestellt worden war,³⁾ oder irrtümlich annahm, ausserberuflich in Anspruch genommen zu werden. In allen drei Fällen nahm das RG einen Tatbestandsirrtum an.

Wenn entgegen der hier vertretenen Auffassung der Begriff des Dienens mit der Übernahme der rechtlichen Verpflichtung gegenüber dem Mandanten erfüllt wäre, der Täter aber irrtümlich den Standpunkt einnähme, daß zum Dienen auch ein Tätigwerden im Sinne der übertragenen Aufgabe gehöre, so müßte das RG entgegen Fries⁴⁾ einen beachtlichen ausserstrafrechtlichen Rechtsirrtum annehmen, da das Merkmal "Dienen" auf zivilrechtliche Rechtsverhältnisse zurückgreift.⁵⁾

Weitere Irrtümer z.B. über den erfolgten Abschluß des Mandatsvertrages bzw. des Auftragsverhältnisses, über den Interessengegensatz⁶⁾ oder über den Begriff des Dienens, hätten, soweit sie bei gleichzeitiger Kenntnis der das Tatbestandsmerkmal erfüllenden Tatsache lediglich auf unrichtiger Subsumierung unter das Gesetz beruhten, stets als ausserstrafrechtlicher Irrtum angesehen werden müssen, weil die Begriffe aus anderen Rechtsgebieten in das Strafgesetzbuch übernommen waren. Dagegen nahm - nicht ganz konsequent - das RG einen unbeachtlichen Strafrechtsirrtum an, wenn der Parteibegriff irrtümlich auf die Prozeßgegnerschaft beschränkt wurde, da § 356 den Parteibegriff selbständig geregelt habe. Der Parteibegriff

1) vergl. Roesen in JW 1938 S. 651, RG in JW 1929 S. 1886 u. in JW 1937 S. 2964

2) vergl. RGSt 58 S. 247 (250 f)

3) vergl. Geppert S. 101 u. Wolff S. 124 besonders Fußnote 6

4) S. 94

5) Eine RG-Entscheidung hierzu ist dem Verfasser nicht bekannt.

6) so RG in JW 1929 S. 3169

enthält aber Elemente, wie den Interessengegensatz, der zweifellos auf ausserstrafrechtliche Normen zurückzuführen ist.

Auch die Begriffe "derselben Rechtssache" und "bei den in amtlicher Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten" hat das RG stets als im Strafgesetzbuch autonom geregelte Begriffe angesehen und deshalb den Irrtum darüber für unerheblich erklärt.

In dem einen Fall¹⁾ hatte der Anwalt zunächst die Vermieterin in einem Verfahren wegen Genehmigung der Kündigung eines Mietvertrages gegen die Mieterin vor dem Mieteinigungsamt vertreten, in einem späteren Verfahren vor demselben Mieteinigungsamt wegen derselben Wohnung aber den Ehemann der Mieterin und die Mieterin in dem anschliessenden Räumungsprozess. Der Anwalt hatte sich darauf berufen, daß nicht "dieselbe Rechtssache" vorläge. Das RG führt aus, daß das Merkmal "derselben Rechtssache" ein strafrechtlicher Begriff sei, der sich aus dem Sinn und Zweck des Strafgesetzes selbst ergebe. Der Irrtum über den Rechtsbegriff "derselben Rechtssache" sei daher nicht geeignet, den Vorsatz auszuschliessen. Das Ergebnis bleibe dasselbe, wenn man den Irrtum als Irrtum über das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit bezeichne, denn auch der Irrtum über die Pflichtwidrigkeit läge dann nicht auf ausserstrafrechtlichem Gebiet, wenn ein Merkmal des Begriffs der Pflichtwidrigkeit wie das "derselben Rechtssache" zugleich im Strafgesetzbuch geregelt sei.

In dem anderen Fall²⁾ hatte der Anwalt einen bei der Firma St. beschäftigt gewesenen Reisenden G., der entlassen worden war, wegen der Rechtswirksamkeit eines gegenüber der Firma St. abgegebenen Schuldanerkennnisses beraten und für G. wegen einer Schuldminderung mit dem Prokuristen der Firma St. verhandelt. Die Beratung des G. erfolgte im Beisein des mit dem Anwalt persönlich gut bekannten Leiters der Rechtsschutzstelle des Handlungsgehilfenverbandes, der G. dem Anwalt zugeführt hatte. Das RG hielt den Irrtum darüber, daß die Angelegenheit dem Anwalt auf Grund seines Berufes als Anwalt also in amtlicher Eigenschaft anvertraut sei, für unbeachtlich und verneinte damit die Möglichkeit den Vorsatz ausschliessen zu können, auch wenn man wie im ersten Fall einen Irrtum über das Merkmal der Pflichtwidrigkeit unterstellt. Das RG nimmt auch hier einen unbeachtlichen Strafrechtsirrtum an, weil der Begriff "der ihm vermöge seiner amtlichen Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten" im

1) RGSt 58 in JW 1929 S. 3169

2) RGSt 62 S. 289

Strafgesetzbuch selbständig geregelt sei. Die Auffassung des RG dürfte aber nicht zutreffend sein, denn das Strafgesetzbuch regelt nicht selbständig, wann eine private und wann eine berufliche Tätigkeit und damit amtliche Eigenschaft vorliegt.

Bei den angeblich im Strafrecht autonom geregelten Begriffen beschränkte das RG den erheblichen Irrtum stets auf den reinen Tatsachenirrtum. So nahm es bezüglich "derselben Rechtssache" einen solchen Irrtum an, wenn der Täter die "dieselbe Rechtssache" ausmachenden Tatsachen nicht kennt, oder ihm dieselben entfallen waren.¹⁾ Die Auffassung, daß der Begriff "derselben Rechtssache" ein reiner Strafrechtsirrtum sei, wurde aber mit Recht vom Schrifttum angegriffen,²⁾ da es sich einmal bei dem Begriff um eines der dogmatisch schwierigsten Tatbestandsmerkmale handelt, das keineswegs wie andere im Strafgesetzbuch geregelte Begriffe im sittlichen Bewußtsein des möglichen Täterkreises verankert ist; zum anderen hat das RG selbst auch nicht ausgeschlossen, daß der Begriff "Rechtssache" ausserstrafrechtlich geregelt sei.³⁾ Dann kann aber der Begriff "derselben Rechtssache", der wesentlich vom Rechtssachenbegriff mitgeprägt ist, nicht allein strafrechtlichen Ursprungs sein. Warum sollte auch bei einem Irrtum über den schwierigen Begriff "derselben Rechtssache" der Täter einer Mindeststrafe von 3 Monaten Gefängnis unterliegen, auch wenn er unverschuldet war, während bei einem grob fahrlässigen Irrtum über ein anderes ausserstrafrechtlich geregeltes Merkmal der Täter mangels eines Fahrlässigkeitsdelikts freigesprochen werden mußte. Ausserdem dürfte bei einem Rechtsirrtum manchmal kaum festzustellen sein, ob der Irrtum sich auf den Interessengegensatz oder "dieselbe Rechtssache" bezog.⁴⁾ Eine klare Feststellung der Irrtumsgrundlage, ob diese hinsichtlich eines einzelnen Tatbestandsmerkmals auf tatsächlicher Grundlage oder falscher Subsumierung beruhte, erübrigte sich auch nach der Auffassung des RG, wenn das Merkmal wie z.B. das des Interessengegensatzes als ausserstrafrechtlichen Ursprungs angesehen wurde.

1) so RGSt 62 S. 152 (158)

2) so Fries S. 98 ff., Alsberg Anm. Note 1 A zu RG in JW 1926 S. 1571, Kohlrausch-Archrott S. 58, Friedlaender Anm. zu RG in JW 1929 S. 1886

3) so RGSt 58 S. 247 (248), vergl. auch Geppert S. 104 ff

4) Die Kritik wandte sich deshalb auch gegen die Unterscheidung von strafrechtlichem und ausserstrafrechtlichem Rechtsirrtum, da eine klare Trennung zwischen Merkmalen, die im Strafgesetzbuch und ausserhalb desselben geregelt seien, kaum möglich sei. Teilweise wurde überhaupt bestritten, daß das Strafrecht selbständig Rechtsbegriffe regelt; so Riffel S. 52

2) Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund.

Soweit ein Rechtfertigungsgrund z.B. die Einwilligung oder eine andere dem § 31 bzw. § 32 RAO vorgehende Berufspflicht in Frage stand, hat das RG den Irrtum hierüber in ständiger Praxis als Tatbestandsirrtum nach § 59 StGB angesehen,¹⁾ wenn sich der Irrtum auf tatsächlicher Grundlage bewegte, und im übrigen, wenn der Täter das Einverständnis oder eine angeblich vorgehende Berufspflicht rechtsirrtümlich für einen Rechtfertigungsgrund hielt, einen ausserstrafrechtlichen Rechtsirrtum angenommen.²⁾ Unklar in dieser Hinsicht ist jedoch RGSt 71 S. 254. Das RG hat hier einen Tatbestandsirrtum angenommen, weil der Rechtsanwalt, der zunächst den Gläubiger wegen eines Anspruchs auf Herausgabe und nachher den Schuldner in derselben Rechtssache vertreten hatte,³⁾ sich über seine Berufspflichten, mithin über die Pflichtwidrigkeit geirrt habe. Der beachtliche Irrtum über die vorgehende Berufspflicht müßte sich aber auf Tatsachen erstrecken. Ein solcher Irrtum ist aber nicht ersichtlich. Es könnte nur ein ausserstrafrechtlicher Rechtsirrtum - jetzt Verbotsirrtum - in Frage kommen, für dessen Vorliegen auch nichts dargetan ist, da sich das RG darauf beschränkt hatte zu erklären, daß der Anwalt unter den gegebenen Umständen nicht für pflichtwidrig gehalten habe, die Vertretung des Schuldners zu übernehmen. Ein Irrtum über Berufspflichten sei ein Irrtum über Tatumstände im Sinne des § 59 StGB. Dieses ist aber in dieser Allgemeinheit nach der bisherigen Rechtsprechung des RG nicht zutreffend.

Die Einwände gegen die Unterstellung alles Tatsächlichen unter § 59 StGB richten sich, soweit die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund in Frage kommt, gegen die Annahme, daß eine klare Unterscheidung zwischen einem Irrtum in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung möglich und innerlich gerechtfertigt sei. Indessen hat der BGH - das sei vorweggenommen - die viel angegriffene Tradition des RG, wenn auch mit anderer Begründung, fortgesetzt und dadurch den Vorwurf auf sich geladen, daß es

1) so RGSt 60 S. 298 (302), 62 S. 152 (158), Wolf S. 127. Eine Stellungnahme zu den Gründen, die das RG veranlaßten, den Irrtum über alles Tatsächliche, sei es hinsichtlich eines Tatbestandsmerkmals, eines Rechtfertigungs- oder eines Schuld-ausschließungsgrundes in direkter oder entsprechender Anwendung des § 59 StGB für vorsatzausschließend anzusehen, würde über die hier gestellte Aufgabe hinausgehen.

2) so RGSt 60 S. 298 (302)

3) Der Sachverhalt ist unvollständig wiedergegeben, sodaß die vom Anwalt beiderseitig wahrgenommenen Interessen nicht ersichtlich sind.

den klaren Ausgangspunkt in dem grundlegenden Beschluß des Großen Strafsenats mit der Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum aufgegeben und dadurch die Schuldtheorie in ein Zwielicht gebracht habe. Im Schrifttum ist deshalb vielfach, zuletzt noch durch Arthur Kaufmann¹⁾ der Versuch unternommen worden, durch Schaffung eines an der Rechtswidrigkeit orientierten Tatbestandsbegriffes, den sogenannten materialen Tatbestandsbegriff, auch Verbotsirrtum genannt, die Voraussetzungen der Rechtfertigungsgründe diesem Begriff einzuordnen, so daß die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgrundes den Vorsatz ausschließt. Auch von Hippel, von Weber²⁾, der LK³⁾, Busch⁴⁾, Schaffstein⁵⁾, R. Lange⁶⁾ und andere vertreten mit dem BGH eine eingeschränkte Schuldtheorie mit zum Teil verschiedener Begründung dahingehend, daß ein Irrtum über einen Sachverhalt, der bei Vorliegen die Tat rechtfertigen oder die Tatverantwortung ausschließen würde, wie ein Tatbestandsirrtum zu behandeln sei. Richard Lange⁷⁾ will indessen die Schuldtheorie nicht generell sondern nur für die Kriminaldelikte, die Vorsatztheorie aber für Zuwiderhandlungen (Ordnungswidrigkeiten und Straftaten des Verwaltungsstrafrechts) wegen Fehlens der Gewissensentscheidung angewandt wissen.

Diese Erörterungen haben jedoch für den § 356 nur dann Bedeutung, wenn die Einwilligung und die Möglichkeit einer gegenüber der Strafnorm vorgehenden Berufspflicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt wird.⁸⁾ Erfolgt die Anerkennung nicht, so kann der Irrtum über einen für § 356 fiktiven Rechtfertigungsgrund, mag er auf tatsächlicher und rechtlicher oder nur rechtlicher Grundlage beruhen, den Vorsatz nicht ausschliessen. Allerdings hat der BGH die Einwilligung anfangs als Rechtfertigungsgrund anerkannt, denn noch in dem Urteil vom 20.11.1952⁹⁾ gibt der BGH der Strafkammer auf nachzuprüfen, ob sich der Rechtsbeistand, der in einer Ehesache zunächst den Ehemann beraten und

1) "Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum" in JZ 1956 S. 353 f und 393 f.

2) in JZ 1951 S. 260 "Negative Tatbestandsmerkmale"

3) V 1 zu § 356

4) in Festschrift für Mezger S. 165 f

5) in MDR 1951 S. 196

6) in JZ 1956 S. 72 ff "Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre. Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff für die Zuwiderhandlungen."

7) a.a.O.

8) so besonders Decker S. 105f. Die Möglichkeit einer vorgehenden Berufspflicht als Rechtfertigungsgrund läßt der BGH Bd. 5 S. 284 (287) offen.

9) BGHSt 4 S. 80 (85), vergl. auch Schmidt-Leichner in NJW 1953 S. 406

dann mit seinem Einverständnis die Ehefrau im Prozeß vertreten hatte, in einem schuldausschliessenden Tatbestandsirrtum befunden habe, indem er glaubte, die Erhebung der Scheidungsklage für die Ehefrau stände nicht im Gegensatz zu den Belangen des Mannes, mit dem sie vereinbart war. Ein solcher Irrtum sollte als Tatbestandsirrtum den Vorsatz ausschliessen, obwohl doch angeblich die Vereinbarung über die Art der Durchführung des Scheidungsverfahrens den Interessengegensatz nicht beseitigen kann, mithin der Irrtum als Tatbestandsirrtum unerheblich sein müßte.

Nimmt der Täter irrtümlich an, das Einverständnis - die Einwilligung - beseitige die Pflichtwidrigkeit, mithin den Interessengegensatz, so ist dieser Irrtum auch kein vorsatzausschliessender Tatbestandsirrtum, da er nur dann erheblich sein kann, wenn durch ihn subjectiv ein Merkmal des objectiven Tatbestandes nicht erfüllt ist, was jedoch nicht der Fall ist, da das Einverständnis den Interessengegensatz nicht beseitigt.¹⁾ Nun ist zwar der Irrtum tatsächlicher Art, soweit er die Einwilligung oder einen anderen möglichen Rechtfertigungsgrund betrifft, im Bereich des § 356 anderer Natur als der Irrtum über den Rechtsbegriff der Einwilligung oder der vorgehenden Berufspflicht, ihren Inhalt und Umfang. Beide Irrtümer beziehen sich jedoch auf die Rechtfertigung einer tatbestandsmässigen Handlung, betreffen also das Verbotensein als solches. Ob man aber den Irrtum über den möglichen Rechtfertigungsgrund, sei er tatsächlicher oder rechtlicher Art nach der Vorsatztheorie für relevant also vorsatzausschliessend hält oder nicht, auf jeden Fall dürften die durch die Vorsatztheorie bedingten Unterschiede in den rechtlichen Folgen, nämlich Verurteilung zu mindestens 3 Monaten Gefängnis und damit Ausschliessung aus dem Berufsstand auf der einen Seite und Freispruch auf der anderen Seite, je nachdem ob der Vorsatz bejaht oder verneint wird, wegen der oft nur geringfügigen Unterschiede hinsichtlich der Schuld nicht gerechtfertigt sein. Hier ermöglicht die Schuldtheorie, wie noch auszuführen sein wird, eine genauere Differenzierung und damit bessere Lösung.

B) Der Tatbestandsirrtum bezüglich § 356 in der Rechtsprechung des BGH und in der Rechtslehre.

Der BGH hat sich fast ausschliesslich mit dem Tatbestandsirrtum hinsichtlich der Merkmale "derselben Rechtssache" und der "Pflichtwidrigkeit" - das letzte sieht er wegen seiner Ausfüllungsbedürftigkeit durch das Ständesrecht nicht als ein normatives BGH 3 St. 100 (402 I)

tives Tatbestandsmerkmal an - auseinandergesetzt. Da der BGH jedoch später¹⁾ abweichend von seiner Entscheidung vom 20.11.1952²⁾, nach der der Irrtum über das Merkmal, je nachdem auf welchen Begriff der ausfüllenden Standesnorm sich der Irrtum bezog, Tatbestands- oder Verbotsirrtum sein konnte, das Merkmal "pflichtwidrig" stets auf den Interessengegensatz beschränkt hat, ist die Auseinandersetzung innerhalb der Irrtumslehre auf die beiden normativen Merkmale der "entgegengesetzten Interessen" und "derselben Rechtssache" beschränkt worden. Nachdem der BGH in Fortsetzung der Tradition des RG den ganzen Inhalt der standesrechtlichen Norm des § 22 Nr.2 RAO bzw. der entsprechenden Bestimmung der Länder-RAO's als Ausfüllungstatbestand des Merkmals "pflichtwidrig" erklärt hatte, konnte es den Ausfüllungstatbestand der standesrechtlichen Norm und damit die Pflichtwidrigkeit nicht mehr als einheitlichen Begriff beibehalten, weil dann jeder Irrtum über irgendein Merkmal des Ausfüllungstatbestandes der Standesnorm als Irrtum über die Pflichtwidrigkeit und damit über ein Tatbestandsmerkmal hätte angesehen werden müssen. Der Tatbestandsirrtum hätte aber nur einheitlich bejaht oder verneint werden können. So hätte das Merkmal "derselben Rechtssache" innerhalb des Ausfüllungstatbestandes eine andere Auslegung als dasselbe Merkmal innerhalb des eigentlichen Straftatbestandes³⁾ erfahren müssen. Der BGH mußte deshalb den Irrtum über das Merkmal "derselben Rechtssache" innerhalb der Standesnorm und des Straftatbestandes in gleicher Weise behandeln, was dazu führte, daß das Merkmal "pflichtwidrig" hinsichtlich des Irrtums einmal als Tatbestands- das andere Mal als Verbotsirrtum angesehen wurde,⁴⁾ je nachdem welcher Teil der Standesnorm durch den Irrtum in Frage gestellt war. Das RG hatte dementsprechend auch bei einem Irrtum über den Interessengegensatz den Vorsatz ausgeschlossen, im übrigen aber, weil die sonstigen Merkmale der Standesnorm auch im Strafgesetz vorhanden waren, einen unbeachtlichen Strafrechtsirrtum angenommen. Welzel⁵⁾ hat diese Aufgliederung des angeblichen Tatbestandsmerkmals "pflichtwidrig" mit Recht für äusserst unglücklich erklärt und darauf hingewiesen, daß diese Aufgliederung vermieden wäre, wenn man den Interessengegensatz bereits als

1) so BGHSt 5 S. 284 (287) und 301 (309), BGHSt 7 S. 17 (22) und 261 (263)

2) BGHSt 4 S. 80 (86)

3) vergl. RG in JW 1937 S. 2964

4) so Bindokat in JZ 1953 S. 749

5) in JZ 1954 S. 277

zum Tatbestandsmerkmal der "Partei" und "Rechtssache" gehörig angesehen hätte. Maurach¹⁾ ist jedoch unter Bezugnahme auf BGHSt 3 S. 400 (402) und Band 4 S. 80 (86) weiterhin der Ansicht, daß das Merkmal "pflichtwidrig" je nach Sachlage entweder den Gesamtvergang charakterisiere oder ein Tatbestandsmerkmal sei. Die Kritik Mezgers²⁾, daß ein Verstoß gegen § 59 StGB vorliege, wenn das RG den Mangel des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit, falls er auf einem Strafrechtsirrtum beruhe, für unerheblich erachte, stößt ins Leere, wenn er mit dem RG unter der Pflichtwidrigkeit den ganzen Inhalt der Standesnorm begreift, da die Standesnorm Merkmale enthält, die bereits in der Strafnorm enthalten sind und deshalb keine anderweitige Auslegung wie in der Strafnorm zulassen.³⁾

Was den Irrtum über das Merkmal des Interessengegensatzes anbetrifft, so hat der BGH mit Recht erklärt, daß ein Tatbestandsirrtum vorliege, wenn infolge unklaren Vortrages der einen oder anderen Seite oder rechtsirriger Bewertung die Gegensätzlichkeit der wahrzunehmenden Belange nicht erkannt werde.⁴⁾ Dasselbe gilt, wenn der Täter irrtümlich nur ein beschränktes Interesse für anvertraut hielt, das nicht im Gegensatz zu den Interessen der anderen Partei steht.⁵⁾ Da es sich um ein normatives Merkmal handelt, ist ein Tatbestandsirrtum auch dann gegeben, wenn der Täter den Sachverhalt wegen tatsächlichen oder rechtlichen Irrtums unter den an sich richtig verstandenen Begriff des Interessengegensatzes falsch einordnet, mit anderen Worten den Schluß von den Tatsachen, die den Interessengegensatz ergeben, auf den Gegensatz selbst unrichtig zieht.⁶⁾ Ein solcher Irrtum ist, wie der BGH betont, zwar selten aber möglich. Dieses gilt auch dann, wenn der Interessengegensatz im subjectiven Sinne verstanden wird.

Ein Tatbestandsirrtum hinsichtlich des Merkmals "derselben"

1) AT § 24 I B 4

2) AT. Ein Studienbuch § 69 II 2 S. 34

3) Nach Schmidt-Leichner in JW 1953 S. 407 ist der Irrtum über das Merkmal "pflichtwidrig", das er durch die Standesnorm als ausgefüllt ansieht, d.h. über jedes Merkmal der Standesnorm, also auch über Rechtsbegriffe im Gegensatz zum BGH als Tatbestandsirrtum zu behandeln und zwar im Hinblick auf die neue Unterscheidung des Irrtums über den Tatbestand und die Rechtswidrigkeit.

4) so BGHSt 4 S. 80 (84 f), BGH 4 StR 381/54 U.v. 24.3.55, OLG Hamm in NJW 1955 S. 801, vergl. auch Roesen in JW 1938 S. 650

5) so BGHSt 5 S. 301 (312)

6) so BGHSt 7 S. 263 (265), ebenso Welzel "Das Deutsche Strafrecht" §13 I 4 und in JZ 1954 S. 279 und 1955 S. 455

Rechtssache" liegt vor, wenn sich der Täter des früheren Auftrags nicht mehr entsinnt oder glaubt, er beziehe sich auf einen anderen Streitstoff.¹⁾ Hier zeigt sich besonders die enge Beziehung zwischen den Merkmalen des "Interessengegensatzes und "derselben Rechtssache", denn der geschilderte tatsächliche Irrtum wäre nicht nur ein solcher über den Begriff "derselben Rechtssache" sondern zugleich auch über den des Interessengegensatzes. Der BGH spricht in der bereits angeführten Entscheidung vom 20.11.52 in solchem Zusammenhang von einem schuldausschliessenden Tatbestandsirrtum. Diese Formulierung ist wenig glücklich, da der Tatbestandsirrtum nach der Schuldtheorie, der auch der BGH folgt, seine unmittelbare Bedeutung nur für den Vorsatz hat. (d.h. wenn der Vorsatz fehlt, auch keine Schuld vorliegen kann, ist nur eine weitere Folge.

Was den Irrtum angeht, nicht zum Kreis der Verpflichteten zu gehören, so sieht Maurach²⁾ diesen Irrtum stets als Tatbestandsirrtum an. Zu demselben Ergebnis, wenn auch mit anderer Begründung, gelangt, wer innerhalb der Irrtumslehre zwischen einem Irrtum auf ethischer Grundlage und einem sonstigen Irrtum unterscheidet. Nach der herrschenden Lehre dürfte es jedoch darauf ankommen, ob der Irrtum auf Verkennung von Tatsachen oder des Rechtsbegriffes "Rechtsbeistand" zurückzuführen ist.³⁾ Dasselbe gilt bezüglich des Irrtums über die amtliche Eigenschaft.⁴⁾

Auch alle anderen Irrtümer tatsächlicher Art,⁵⁾ die wegen der Vielfalt der Lebenserscheinungen nicht alle erfaßt werden können

1) so BGHSt 7 S. 261 (262), 4 StR 381/54 U.v.24.3.55, OLG Hamm in NJW 1955 S. 800, Geppert S. 102. Schönke-Schroeder (IV zu § 356) ist der Ansicht, daß bei den normativen Tatbeständen wie "derselben Rechtssache" und des pflichtwidrigen Dienens der Subsumtionsirrtum regelmässig Tatbestandsirrtum sei. Damit verschiebt er aber innerhalb dieser Merkmale nicht nur die Grenze zwischen Tatbestands- u. Verbotsirrtum, sondern hebt sie praktisch zugunsten des Tatbestandsirrtums auf. Die normative Natur dieser Merkmale verlangt nur die Kenntnis des sozialen Bedeutungsgehalts der Merkmale, gebietet aber keineswegs die Aufhebung des Gegensatzpaares Tatbestands- und Verbotsirrtum. In der Irrtumslehre unterscheiden sich die normativen Tatbestandsmerkmale von den sonstigen Merkmalen nur dadurch, daß bei den ersten ein Tatbestandsirrtum häufiger als bei den übrigen Merkmalen vorliegen kann.

2) § 81 III D, § 82 VII c (Bes.T.), AT § 43 III C 2

3) so Geppert S. 101 f, 118

4) Gnodtke S. 46 nimmt einen Irrtum ausserstrafrechtlicher Art an, läßt indessen die Kenntnis, daß strafrechtlicher Beistand in staatlich anerkannter Form geleistet würde, für die Strafbarkeit genügen.

5) z.B. auch die irrtümliche Annahme, noch nicht an die Partei gebunden zu sein oder mit der dem Gegner erteilten Auskunft nicht dessen Interessen zu fördern.

nen, schliessen, soweit sie sich auf ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes beziehen, den Vorsatz aus. Eine Abgrenzung dieser Irrtümer zum Verbotsirrtum dürfte nicht mehr die vielfach im Schrifttum aufgeführten Schwierigkeiten bieten, sofern die normativen Tatbestandsmerkmale des § 356 nur als Tatbestandsmerkmale und insbesondere das Merkmal "pflichtwidrig", das gerade in der Irrtumslehre zu Schwierigkeiten geführt hat, nur als ein allgemeines Verbrechenmerkmal behandelt wird.

5. Abschnitt.

Die Rechtswidrigkeit und die Rechtfertigungsmaße.

I) Grundsätzliches zur Einwilligung als Rechtfertigungsgrund im Bereich des § 356 StGB.

Mit der Erfüllung des objectiven und subjectiven Tatbestandes ist der Regel entsprechend die Rechtswidrigkeit, die ein wertendes allgemeines Verbrechenmerkmal ausserhalb des Tatbestandes ist, auch bei der Praevarication indiziert,¹⁾ d.h. die tatbestandsmässige Handlung gilt als rechtswidrig, sofern nicht ein Rechtfertigungsgrund, der aus der ganzen Rechtsordnung entnommen werden kann, die Handlung für rechtmässig erklärt. Durch die Indizierung der Rechtswidrigkeit wird zu der Tatbestandsmässigkeit kein Merkmal hinzugefügt, das bei Vorhandensein eines Rechtfertigungsgrundes wieder abgebaut wird, sondern die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit bestimmt, ob eine tatbestandsmässige Handlung rechtswidrig ist oder nicht. Durch die Tatbestandsbeschreibung wird erst einmal der Rahmen dessen abgesteckt, was als rechtswidrig überhaupt in Betracht kommen kann.²⁾

Als Rechtfertigungsgrund könnten für den Bereich des § 356 Einwilligung und vorgehende Berufspflicht von Bedeutung sein. Die Einwilligung des Verletzten³⁾ als Rechtfertigungsgrund ist in gewissen Fällen anerkannt, jedoch ist der Rahmen, in dem er Bedeutung erlangen kann, im einzelnen umstritten. Nicht mehr bestritten dürfte sein, daß die Einwilligung nur dann rechtserheblich sein kann, wenn das durch die Strafnorm geschützte Rechtsgut der ausschließlichen Verfügungsgewalt des Verletzten untersteht und die Tat nicht gegen die Rechtsordnung oder gegen die

1) Es besteht hier ein Gegensatz zu der Nötigung des § 240 StGB, der auch das Merkmal "rechtswidrig" in seinem Tatbestand aufführt, vergl. hierzu Welzel in JZ 1952 S. 343

2) so Mezger "Strafrecht" AT § 34

3) Unter Verletzter ist jeder zu verstehen, gegen dessen Rechtssphäre die Straftat in irgendeiner Form gerichtet ist, so Fraeb S. 57

guten Sitten verstößt.¹⁾ Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund im Bereich des § 356 setzt also zunächst voraus, daß ein Verletzter vorhanden ist und dieser über das geschützte Rechtsgut allein verfügen kann. Verletzter im Sinne des § 356 ist aber der erste Auftraggeber.²⁾

Zunächst ist jedoch die Frage zu klären, ob die Einwilligung der Erstpartei in die Vertretung der Gegenseite nicht bereits das Tatbestandsmerkmal des Interessengegensatzes und damit die Tatbestandsmäßigkeit beseitigt. Mit der Bejahung dieser Frage würde sich das Problem der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund gar nicht stellen.

Auch der BGH³⁾ nimmt allem Anschein nach - jedenfalls für das Konkursverfahren, weil es sich hier um teilbare Vermögensangelegenheiten handle - an, daß durch das Einverständnis des Erstauftraggebers der Interessenwiderstreit verschwinde. In einer vorgehenden Entscheidung des RG⁴⁾ hatte dieses dagegen erklärt, daß das Einverständnis des Erstauftraggebers zur Vertretung der Gegenpartei in derselben Rechtssache die Pflichtwidrigkeit - gemeint ist in diesem Falle das Tatbestandsmerkmal des Interessengegensatzes und nicht das allgemeine, Verbrechensmerkmal der Rechtswidrigkeit, - grundsätzlich nicht beseitige und dabei erklärt, daß dieser Standpunkt mit der bisherigen Rechtsprechung übereinstimme. Eine genaue Prüfung der früheren Entscheidungen⁵⁾ ergibt jedoch, daß das Einverständnis des Erstauftraggebers ganz allgemein, nicht nur für den Fall des Ausgleichs widerstreitender Interessen und des gemeinsamen Vorgehens gegen einen Dritten unter Zurückstellung interner Interessengegensätze für rechtserheblich erklärt wurde. Auch in der Entscheidung in JW 1929 S. 3169 f stellt das RG den Fall der übereinstimmenden Beauftragung durch mehrere Personen dem der Zustimmung des ursprünglichen Auftraggebers gleich, jedenfalls soweit der Zweck auf die Herbeiführung eines gerechten

1) Der in § 226 a StGB niedergelegte Gedanke, daß die Einwilligung in eine Körperverletzung bei Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten die Rechtswidrigkeit nicht ausschliesse, beansprucht über den Rahmen des § 226a StGB hinaus allgemeine Geltung, so Maurach AT § 30 I 4.

2) vergl. BGHSt 5 S. 284 (286)

3) so BGHSt 7 S. 17 (21) Da eine klare Unterscheidung zwischen dem gemeinsamen Vorgehen und der nachträglichen Einwilligung des Erstauftraggebers nicht gemacht wird, ist der Fall bereits bei der Prüfung der Bedeutung des gemeinsamen Interesses innerhalb der Tatbestandsmäßigkeit behandelt worden.

4) RGSt 71 S. 231 (235)

5) RGSt 62 S. 155 (158) u. 289 (297)

Ausgleichs gerichtet ist. Es ging in diesem Fall um die Frage, ob die möglicherweise vorhanden gewesene Absicht des Anwalts, einen Ausgleich zwischen den im Interessengegensatz stehenden Parteien herbeizuführen, die Pflicht und Rechtswidrigkeit beseitige. In einem solchen Fall soll das rechtzeitig eingeholte Einverständnis des früheren Auftraggebers die Pflicht- und Rechtswidrigkeit beseitigen, was bedenklich erscheint, da die Frage nach der Beseitigung der Rechtswidrigkeit nur auftauchen kann, wenn zuvor die Tatbestandsmäßigkeit festgestellt, der Interessengegensatz also noch vorhanden ist. Die Ausführungen sind auch deshalb unklar, weil im Zusammenhang hiermit die Frage aufgeworfen wird, ob die Einwilligung des früheren Auftraggebers nicht deshalb unbeachtlich sei, weil es sich um ein Rechtsgut handele, das nicht der Verfügungsgewalt der Parteien unterliege. Die Frage nach der Verfügungsgewalt über das geschützte Rechtsgut bezieht sich aber nicht auf das Tatbestandsmerkmal des Interessengegensatzes sondern auf die tatbestandsmäßige Handlung im ganzen, kann also wiederum nur für die Frage der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund Bedeutung haben. Kalsbach¹⁾ ist offensichtlich der Ansicht, daß die Einwilligung der Erstpartei den Interessengegensatz bereits entschwinden läßt, wenn er so bestimmt wird, wie ihn die Parteien subjectiv empfinden. Friedlaender²⁾ sagt, daß der Rechtsbeistand von seiner Verpflichtung zur Versagung seiner Berufstätigkeit nach § 31 Ziffer 2 RAO nicht durch die Zustimmung der Beteiligten entbunden werden könne, es sei denn, daß die Zustimmung der Erstpartei mit der Vertretung der Gegenpartei den Interessengegensatz beseitigen würde.

Bereits bei der Prüfung des Interessengegensatzes ist eingehend erörtert worden, wann ein gemeinsames Interesse vorliegt, das den Interessengegensatz nicht entstehen läßt. Fehlt es aber an dem gemeinsamen Interesse, so bleibt der Interessengegensatz bestehen, gleichgültig ob er objectiv oder subjectiv zu bestimmen ist. Entspricht z.B. die Sicherstellung des Gegners - in geringfügiger Abweichung vom dem bereits erörterten Fall³⁾ - vor dem Vorgehen gegen den Dritten nicht einem gemeinsamen Plan, sondern macht der Gegner sein Vorgehen gegen den Dritten von der Sicherstellung seiner Ansprüche durch den Erstauftraggeber nach dessen Beratung abhängig und erklärt sich nun

1) in "Standesrecht" S. 384

2) Note 23 zu § 31 RAO

3) siehe S. Fußnote 1

der Erstauftraggeber mit der Erwirkung eines Urteils gegen sich notgedrungen einverstanden, so bleibt der Interessengegensatz auch bei subjectiver Bestimmung bestehen.

Vertritt ein Anwalt zunächst einen Konkursgläubiger mit einem weitgesteckten Ziel hinsichtlich Aussonderung, Absonderung und bevorzugten Forderungen und übernimmt er später auch die Vertretung der Interessen des Gemeinschuldners, die auf Abschluß eines mit einem weitgehenden Verzicht der beteiligten und nichtbeteiligten Konkursgläubiger verbundenen Zwangsvergleiches gehen,¹⁾ so schwindet durch das von dem Gläubiger dem Anwalt erteilte Einverständnis, auch die Interessen des Gemeinschuldners zu vertreten, die auf Abschluß eines Zwangsvergleiches gerichtet sind, der Interessengegensatz entgegen dem BGH nicht. Das Interesse des Gläubigers geht nach wie vor auf eine weitergehende Befriedigung. Aus der Einwilligung zur Vertretung auch eines Interesses, das dem weitgehenden Ziel des Gläubigers entgegengesetzt ist, ist keineswegs ohne weiteres die Aufgabe des ursprünglichen Ziels zu entnehmen. Die Aufrechterhaltung des Interessengegensatzes wird besonders deutlich, wenn das Einverständnis nur erteilt wird - und zwar nachträglich - um den Gegner zu einem Vorgehen gegen einen Dritten, das im Interesse des Erstauftraggebers liegt, zu veranlassen, der Gegner aber dieses Vorgehen von der Sicherstellung seiner Ansprüche gegenüber dem Erstauftraggeber abhängig macht.

Der BGH will anscheinend nicht erklären, daß bei teilbaren Vermögensangelegenheiten die Einverständniserklärung der Erstpartei den Interessengegensatz stets beseitige, denn sonst würde sich das Problem der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, das auch noch in den Entscheidungen des BGH vom 24.3.55²⁾ und vom 24.11.55³⁾ aufgeworfen wird, nicht mehr stellen. Offen bleibt in jedem Fall die Frage, ob ausser dem Ehe- und Strafverfahren bei unteilbaren und Nichtvermögensangelegenheiten stets das Einverständnis des Erstauftraggebers den Interessengegensatz beseitigt. Konsequenterweise wäre dieses zu verneinen. Stellt sich aber, wie hier angenommen wird, das Problem der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, so kann trotz der ein-

1) vergl. hierzu das bereits behandelte BGH-Urteil 7 S. 17 (21) S. 121 f.

2) 4 StR 381/54

3) 4 StR 402/55

hellen gegenteiligen Ansicht der verschiedenen Strafsenate des BGH¹⁾ und der überwiegenden Meinung im Schrifttum die Erheblichkeit der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund im Rahmen des § 356 nicht verneint werden.²⁾

Der Interessengegensatz ist, wie bereits dargelegt, Bestandteil der normativen Merkmale "Partei" und "derselben Rechtssache". Als nicht rein descriptive Merkmale unterliegen diese einer rechtlichen Wertung. Wenn auch aus systematischen Gründen eine klare Scheidung zwischen den (auch normativen) Tatbestandsmerkmalen und der Rechtswidrigkeit geboten ist,³⁾ so ist doch praktisch gesehen in vielen Fällen, in denen wegen des gemeinschaftlichen Ziels und gemeinschaftlichen Auftrags der Interessengegensatz nicht vorhanden ist, im äusseren Verhalten und in der inneren Einstellung kaum ein Unterschied der Beteiligten zu den Fällen festzustellen, für die die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund von Bedeutung sein kann.

- 1) Selbst der 4. Strafsenat, der das Interesse im subjectiven Sinn bestimmt wissen und damit dem Willen der Partei einen maßgeblichen Einfluß auf den Umfang der anvertrauten Interessen einräumen will, hält die Einwilligung für rechtsunerheblich.
- 2) Die Einwilligung als nicht rechtserheblich lehnen ab; Kalsbach in "Standesrecht" S. 385 und im Anwaltsblatt 1954 S. 187 (190f), Welzel "Das Deutsche Strafrecht" § 75 VI 3, Sauer "System" S. 521, Schmidt-Leichner in NJW 1953 S. 403, Maafach Bs. T. § 82 VII 2b, Decker S. 79 u. 94, Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 506 Anm. 3, Friedlaender Note 23 zu § 31 RAO, Kohlrausch-Lange VIII zu § 356, RGSt 71 S. 253 (254) u. 72 S. 133 (139f), Fries S. 59, Riffel S. 43, Weimar S. 41f, 46, BGH 2 StR 198/51 U.v. 16.12.52, 4 StR 850/51 U.v. 20.11.52, 5 StR 639/52 U.v. 11.12.52, 4 StR 402/55 U.v. 24.11.55, BGHSt 4 S. 80 (82) 5 S. 301 (311), OLG München in NJW 1950 S. 239, OLG Hamm in NJW 1955 S. 803 und die Rechtsprechung des EGH, a.A. Binding II 2 S. 582 u. Wolff S. 119, obwohl beide die Rechtspflege als geschütztes Rechtsgut ansehen; Becker S. 27, Früh S. 144 f (nicht ganz klar; es bliebe die Pflichtwidrigkeit), Frank II zu § 356, Alsborg Ann. zu RG in JW 1926 S. 1571 u. 1931 S. 1814 Nr. 26, RGSt 23 S. 64 (68), 52 S. 158 62 S. 298, mit Einschränkung RG in JW 1929 S. 3170. Haferland S. 82 ist ebenfalls nicht klar; die Einwilligung sei erheblich, wenn das Für und Wider bei Vergleichsbemühungen erörtert werde. Frank II 2 zu § 356 u. Boedicker unter Bezugnahme auf Frank rechnet Neumeyer irrtümlich zu demjenigen, die das Einverständnis der eigenen Partei für unerheblich halten. Neumeyer IX S. 506 erklärt, daß die Einwilligung nur dann die Strafbarkeit ausschliesse, wenn die Praevarication als Verbrechen gegen den Klienten, somit als Untreue anzusehen sei. Neumeyer sieht aber das Delikt so an. (S. 504) Noch im Bd. 71 S. 231 (235) hatte das RG das Einverständnis des Erstauftraggebers für unerheblich erklärt, in einer anderen Entscheidung im selben Band (S. 254) aber, ohne dieses deutlich zu machen, einen gegenteiligen Standpunkt eingenommen.
- 3) Die Konsequenzen zeigen sich besonders in der Irrtumslehre.

Ob die gleichzeitige oder nachfolgende Beratung in einer Vertragsauslegungssache auf einem gemeinsamen Plan der Beteiligten beruht oder sich der zuerst Beratene erst nachträglich mit der Beratung auch des anderen Partners einverstanden erklärt, wird häufig rein zufällig bedingt sein, also mit der grundsätzlichen Frage der gleichzeitigen oder nachfolgenden Vertretung der gegnerischen Interessen nichts zu tun haben. Die Grenze zwischen einseitiger Interessenvertretung, Vertretung gemeinsamer Interessen auf Grund gemeinsam erteilten Auftrages und nachträglich erteilter (einseitiger) Einwilligung, sind in der Praxis vielfach flüssig. Es handelt sich jeweils um die Vertretung einer Person, die Interessengegner zu dem Erstauftraggeber in derselben Rechtssache sein kann, aber nicht zu sein braucht. Geht der Anstoß zur Interessenwahrnehmung dieser Person von dem Erstauftraggeber aus, so wird die Vertretung des Gegners regelmässig im einseitigen Interesse des Erstauftraggebers liegen. Ein Interessengegensatz kann nicht aufkommen, solange die Vertretung des Gegners im Rahmen des erteilten Auftrages bleibt z.B. um einen Vergleich zustandezubringen.¹⁾ Ob die Übernahme der Interessen der Gegenpartei zu Vergleichs- oder anderen dem Erstauftraggeber möglicherweise dienenden Zwecken standesrechtlich zulässig ist, weil der Rechtsbeistand in der Interessenwahrnehmung des Gegners nicht frei ist, ohne zugleich die Gefahr des Verrats der Interessen seines Erstauftraggebers hervorzurufen, bedarf in diesem Zusammenhang keiner Erörterung.

Der Anstoß zur Vertretung des Gegners kann aber auch dann vom Erstauftraggeber ausgehen, wenn die Vertretung der Gegenpartei nicht ausschließlich den Interessen des Erstauftraggebers sondern einem gemeinsamen Interesse dient. In einem solchen Falle kann der Anstoß selbst von der Gegenpartei ausgehen. Selbst wenn der Erstauftraggeber einseitig seine Zustimmung zur Vertretung der Gegenpartei in derselben Rechtssache erteilt, wird häufig ein gemeinsames Interesse vorhanden sein, da regelmässig nicht anzunehmen ist, daß der Erstauftraggeber im Kenntnis der Sach- und Rechtslage durch eine solche Zustimmung gegen seine wirklichen Interessen handelt. Ob in diesem Falle das Bewußtsein des Interessenwiderstreits oder mindestens das seiner Möglichkeit gegeben ist, spielt entgegen Kalsbach²⁾ keine Rolle.

Busch a.a.O. hat gerade die Rechtsprechung zum Parteiverrat als gutes Beispiel für die Notwendigkeit der Scheidung eines einzelnen Tatbestandsmerkmals von der Gesamttat bezeichnet.

1) so RG 3 D 467/31 U.v.22.10.1931

2) in Anw.Bl.1954 S.187 (190). Das RG läßt dahingestellt, ob unter besonderen Umständen die Berufspflichtwidrigkeit entfällt.

Verfolgen die Personen, die an sich im Interessenwiderstreit stehen, in der dem Rechtsbeistand anvertrauten Angelegenheit aber ein gemeinsames Interesse, so ist insoweit - wie dargelegt - kein Interessengegensatz gegeben. Die Erheblichkeit der Einwilligung setzt die Tatbestandsmässigkeit voraus. Ein tatbestandsmässiges Handeln mit rechtserheblicher Einwilligung des Erstauftraggebers ist rechtmässig.

Der Unterschied zwischen tatbestandsmässigem und rechtswidrigem Handeln bewegt sich mehr im Konstruktiven als in dem unterschiedlichen Verhalten und der Einstellung der Parteien. Es wäre bei der sehr flüssigen Grenze zwischen tatbestandsmässigem und nichttatbestandsmässigem bzw. rechtswidrigem Handeln, das häufig mehr auf Zufall als auf planmässiges Vorgehen der Parteien zurückzuführen ist, nicht verständlich, wollte man das Einverständnis zu der tatbestandsmässigen Handlung für unerheblich erklären. Cüppers¹⁾ ist auch darin rechtzugeben, daß in den vor genannten Fällen der rechtserheblichen Einwilligung der Parteivereinbarung ein weites Feld gegeben ist, obwohl es auf sie in keinem Falle ankommen dürfte, weil nach dem BGH nicht der Treueanspruch des Mandanten, sondern die Belange der Rechtspflege im Vordergrund stehen, die nicht der Parteivereinbarung unterliegen können. Erkennt man aber der Parteivereinbarung bei gemeinsamem Vorgehen durch Wegfall des Interessengegensatzes eine Bedeutung zu, so ist nicht einzusehen, warum nicht immer der Parteiwille für den Umfang des Interessenschutzes maßgeblich sein sollte, zumindest ist keine klare Grenze zwischen dem rechtserheblichen und unbeachtlichen Parteiwillen erkennbar und innerlich gerechtfertigt.

Ist das geschützte Rechtsgut, welches die Angriffsrichtung des Verbrechens angibt, das Treueversprechen des Rechtsbeistandes, so unterliegt dieses auch ausschliesslich der Verfügungsgewalt des Erstauftraggebers. Wenn er den Rechtsbeistand aus freien Stücken von seinem Treueversprechen entbinden will, so ist kein Grund ersichtlich, den Mandanten noch zu schützen.²⁾ Der Schutz durch das Strafgesetz kann bei einem Delikt, das nur die Interessen der Rechtsuchenden berücksichtigt, nicht weiter gehen, als ihn der Mandant selbst begehrt. Dieses hat das RG bereits in einer sorgfältig begründeten Entscheidung aus 1929³⁾ zum Ausdruck gebracht, indessen diesen richtigen Gedanken nur

1) in NJW 1947 S. 4 (5)

2) "Volenti non fit iniuria" Dig. 47,10,1, § 5

3) in JW 1929 S. 317C

beschränkt auf den Fall der Beauftragung durch beide Streitparteien zwecks Herbeiführung eines Ausgleichs angewendet.¹⁾ "Das Rechtsgut der Erhaltung des Vertrauens des rechtsuchenden Publikums in die Berufstreue des Rechtsbeistandes kann seiner Natur nach weder als verletzt noch als gefährdet erachtet werden, wenn diejenigen, auf deren Vertrauen es ankommt, ernstlich und ohne Beeinflussung zum Ausdruck bringen, daß sie in der Vertretung der beiderseitigen Interessen eine Verletzung der Berufstreue nicht erblicken." Auch der BGH²⁾ erklärt noch in einer Entscheidung, daß es sinnwidrig wäre, den Strafschutz weiter zu erstrecken, als unter Berücksichtigung des Auftragsinhalts sich nach dem Willen des Auftraggebers die anwaltliche Treupflicht erstrecken sollte. Er hält jedoch eine allgemeine Entbindung von der Treupflicht für unwirksam.

Binding³⁾ und Wolff⁴⁾ erkennen der Einwilligung rechtfertigende Kraft zu, obwohl sie die Rechtspflege und nicht den Treueanspruch als das in erster Linie geschützte Rechtsgut ansehen. Sie sind offensichtlich der Ansicht, daß die Bestrafung immer den Vertrauensbruch, den Verrat an den Interessen des Mandanten voraussetze, der bei Einwilligung in die Vertretung der Gegenpartei entfalle. Sie sehen also die Rechtspflege, zu deren Schutz die Strafnorm ihrer Ansicht nach geschaffen wurde, und damit die öffentlichen Interessen praktisch nur dann als geschädigt an, wenn zugleich ein Vertrauensbruch gegenüber dem Klienten vorliegt. Eine etwas seltsame Auffassung und Vermischung privater und öffentlicher Interessen! Die Auffassung ist nur so zu erklären, daß beide Schriftsteller dem geschützten Rechtsgut nicht die Bedeutung beilegen, die ihm im Rahmen unseres Strafrechtssystems tatsächlich zukommt. Die Einwilligung in die Verletzung ist aber nur dann erheblich, wenn das geschützte Rechtsgut ausschließlich der Verfügungsgewalt des Verletzten untersteht.⁵⁾ Ist aber mit Kalsbach⁶⁾ seine Natur als doppel-schichtig anzusehen, so kann die Einwilligung nur erheblich sein, wenn der Täter über beide Rechtsgüter verfügungsbe-

I) Die Beschränkung ergab sich aus dem zur Entscheidung anstehenden Fall.

2) BGHSt 5 S. 301 (307)

3) II 2 S. 582

4) S. 119, ebenso Gnodtke S. 44 f.

5) so Joski S. 16

6) in "Standesrecht" S. 390 f, 395 ebenso Mühlmann-Bommel N. 1 zu § 356

rechtigt ist. Die Ansicht Welzel's¹⁾, daß die Einwilligung die Natur des §356 aus den Angeln heben würde, wäre nur dann berechtigt, wenn das Delikt tatsächlich doppelschichtig wäre und in erster Linie der Reinheit und Lauterkeit des Anwaltsstandes dienen sollte, was aber schon mit Rücksicht auf den über den Anwaltsstand hinausreichenden Täterkreis ausgeschlossen ist.

Aber auch die Ansicht Wolff's²⁾, daß das Wort "pflichtwidrig" bei Personen, die unmittelbar kraft Gesetzes Amtsqualität haben, auf die Erheblichkeit der Parteieinwilligung für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit hinweise, weil sie nur die Verpflichtung der Treuebewahrung gegenüber dem Klienten hätten, findet im Gesetz keine Stütze. Auch für diese Personen gilt hinsichtlich ihres Pflichtenkreises nichts anderes als für die Anwälte.

Wie bereits eingehend dargelegt wurde,³⁾ ist dem Schutz der Rechtspflege, der Wahrung der Reinheit des Anwaltsstandes, der Gradlinigkeit der Berufsausübung neben dem Treueanspruch des Mandanten kein selbständiger Schutzwert zuzuerkennen.

Boedicker⁴⁾ weist mit Recht darauf hin, daß das RG zeitweise⁵⁾ entgegen dem jetzigen Standpunkt des BGH die Einwilligung für erheblich erklärt habe, jedoch mit der Folge, daß dadurch der Interessengegensatz entfielen. Das RG hat noch in der vorgenannten Entscheidung aus 1929 zwischen der Bedeutung der Einwilligung für die strafrechtliche Seite des Problems und der disziplinarischen Ahndung unterschieden, eine Scheidung, die sich später nicht mehr wiederfindet. Auch der EGH unterscheidet in einem Spruch vom 6.5.1935 noch zwischen der standes- und strafrechtlichen Seite des Problems. Er hält eine Standesverfehlung für gegeben, auch wenn das Einverständnis der erstvertretenen Partei den Rechtsbeistand gegen den Vorwurf einer kriminell-strafbaren Handlung decke. Eine Besonderheit liegt noch darin, daß das RG, worauf Boedicker hinweist, in einer späteren Entscheidung⁶⁾ den von der Entscheidung im 62. Band abweichenden Standpunkt unter anderem mit dem Hinweis auf die ständige

1) in JZ 1954 S. 278 Fußnote 10 letzter Satz

2) S. 135 oben

3) S. 25 ff

4) Dieser hat innerhalb der "Probleme des Parteiverrats" auch eingehend zur Einwilligung der Partei als Rechtfertigungsgrund Stellung genommen.

5) RGSt 62 S. 152 (158) u. 289 (297). Der Hinweis in Bd. 62 S. 289 (297) auf Bd. 60 S. 302 (312) und in Bd. 62 S. 152 (158) auf Bd. 45 S. 305 (309) dürfte indessen verfehlt sein, da die angezogenen Entscheidungen nicht allgemein zur Erheblichkeit des Einverständnisses des früheren Auftraggebers Stellung nehmen.

6) RGSt 71 S. 253

Rechtsprechung des EGH begründet, der EGH in der Entscheidung aus 1935¹⁾ die Einwilligung aber gerade in strafrechtlicher Hinsicht für erheblich erklärt hat.

Mezger²⁾ hat auch mit Recht vermerkt, daß bei Einwilligung des Mandanten von einem Parteiverrat, also einem Verrat der Interessen des Mandanten nicht die Rede sein könne, ebenso wenig von einem Vertrauensbruch, wenn der Mandant in die Vertretung des Gegners einwillinge. Der BGH und auch das Schrifttum, soweit sie der Einwilligung des Erstauftraggebers keine Bedeutung beilegen wollen, begründen ihren Standpunkt auch immer nur mit dem ihrer Ansicht nach geschützten Rechtsgut, über das die Parteien nicht verfügen könnten. Richtig ist hieran, daß das Rechtsgut im Mittelpunkt der Strafnorm steht und die Einwilligung des Erstauftraggebers nur dann rechtserheblich sein kann, wenn sie nicht im Widerspruch zum geschützten Rechtsgut steht. Das aber ist der Fall.

Nach Boedicker steht die derzeitige Stellungnahme des BGH in einem inneren Widerspruch zu der geschichtlichen Entwicklung des Anwaltsstandes. Zu der Zeit, als der Anwalt noch Beamter war oder beamtenähnlichen Charakter hatte, er also in einem besonderen Treueverhältnis zum Staat stand, schloß das Einverständnis des Erstauftraggebers die Rechtswidrigkeit aus. Die spätere Aufhebung der Bindung an den Staat sollte nunmehr die Bindung an die gewünschten vertretbaren Interessen der Partei in den Vordergrund stellen und der Wille des Auftraggebers die Grenzen des strafrechtlich-geschützten Interesses abstecken. Das Gegenteil trat ein. Das Einverständnis des Auftraggebers, vielfach sogar das ausdrückliche Verlangen zur Vertretung auch der Gegenpartei, wurde strafrechtlich für unerheblich erklärt.

Mit der Begründung, die gleichzeitige oder nachfolgende Vertretung von Interessengegnern in derselben Rechtssache widerspreche dem Ansehen des Anwaltsstandes, sei also standeswidrig, wurde und wird die Unerheblichkeit der Einwilligung innerhalb der Strafnorm begründet, obwohl das Argument nur innerhalb des Standesrechts Beweiskraft haben dürfte und dem Anwaltestand durch Einräumung einer eigenen Ehrengerichtbarkeit auch das Vertrauen geschenkt wurde, Standeswidrigkeiten innerhalb der eigenen Reihen angemessen zu ahnden. Da aber § 31 Ziffer 2 alter bzw. § 32 Nr. 2

1) EGH Bd. 29 S. 87

2) nach dem Kurzprotokoll der 3. Arbeitstagung der III. Unterkommision der Grossen Strafrechtskommission vom 8. - 13. 4. 37 in Regensburg.

RAO neuer Fassung keinen Bestandteil der Strafnorm bildet, können aus dem Zweckgedanken der Standesnorm auch keine Rückschlüsse auf die Erheblichkeit der Einwilligung innerhalb des § 356 gezogen werden. Es spielt deshalb auch keine Rolle, ob der frühere Auftraggeber den Anwalt von der Pflicht des § 31 bzw. § 32 RAO befreien kann, was der EGH in ständiger Rechtsprechung verneint hat.

Die Anwendung der Standesnorm könnte auch nicht zu dem Schluß führen, daß die Vertretung entgegengesetzter Interessen in jedem Falle eine schwerwiegende Verfehlung sei und deshalb das Einverständnis unbeachtlich bleiben müsse, ganz abgesehen davon, daß die gegenwärtige Praxis bei der Auslegung des § 356 auch ausgesprochen milde Fälle ohne eigentlichen kriminellen Charakter erfaßt. Wahrung des Ansehens und der Lauterkeit des Anwaltsstandes ist regelmässig Sache des Standesrechts aber nicht der Strafgerichtsbarkeit, es sei denn, daß die Standeswidrigkeit zugleich kriminelle Züge aufweist; bei Vorliegen des Einverständnisses des Erstauftraggebers ist aber ein krimineller Einschlag zu verneinen.

Der Gefahr des Verrats anvertrauter Interessen, die bei Vertretung entgegengesetzter Interessen zweifellos gegeben ist, wird genügend durch § 300 StGB und durch das Standesrecht begegnet. § 356 selbst dient nicht dem Schutz gegen Geheimnisverrat. Die Gefahr ist übrigens nicht nur bei der Vertretung entgegengesetzter sondern im mindestens gleichen Maße bei der Vertretung gemeinsamer Interessen gegeben, besonders aber dann, wenn bei einem zurückgestellten Interessenwiderstreit die eine Partei gegen die andere vertreten wird.

Auch die Möglichkeit, daß der Rechtsbeistand als Vertreter des Gegners in Zweifel ziehen kann, was er vorher namens des Erstauftraggebers vorgetragen hat, dürfte nur geringe praktische Bedeutung haben, da das Einverständnis beschränkbar ist und nur in dem erteilten Umfang unrechtsausschliessend wirkt. Auch steht es dem Erstauftraggeber jederzeit frei, das Einverständnis zu widerrufen, so daß vom Zeitpunkt des Widerrufs an die weitere Vertretung des Gegners strafbar wäre. Auch der Gedanke, daß die Strafbarkeit des Rechtsbeistandes so von dem Willen des Erstauftraggebers abhängig gemacht wird, stellt keine Privatisierung des Strafrechts dar. Wenn der Gesetzgeber das Vertrauen des Mandanten in den Rechtsbeistand schützen will, ist es angebracht und notwendig, die Grenzen der Strafbarkeit

da zu ziehen, wo der Mandant geschützt bzw. wieder geschützt werden will und den Schutz da zu versagen, wo der Mandant durch sein Einverständnis zu erkennen gibt, daß er ihn nicht begehrt.

Die Unbeachtlichkeit der Einwilligung dürfte sogar als eine unzulässige Beeinträchtigung der Parteirechte anzusehen sein. Der Mandant kann ein besonderes Interesse daran haben, daß gerade sein Rechtsbeistand und kein anderer auch die Interessen des Gegners im bestimmten Umfange ihm gegenüber wahrnimmt, weil möglicherweise nach Ansicht des Mandanten nur dann gewährleistet ist, daß die Interessen des Gegners ihm gegenüber in der vereinbarten Form und Umfang wahrgenommen werden. Ob der Mandant hierbei sein wirkliches Interesse richtig beurteilt, ist strafrechtlich unbeachtlich.

Das RG und der BGH halten die Vertretung der Belange einmal der einen und hinterher der anderen Partei für würdelos.¹⁾ Der Anwalt könne hierdurch in einen Widerstreit der Interessen geraten, auch entstehe nach aussen ein Eindruck, der dem Ansehen des Anwalts in seiner öffentlich-rechtlichen Stellung hinderlich sei. Es ist jedoch nicht einzusehen, wie die Würde des Anwalts verletzt sein soll, wenn die Interessen desjenigen, dessen Belange wahrzunehmen gerade seine berufliche Pflicht ist, auch die Vertretung der Interessen der Gegenseite gebieten, zum mindesten als in seinem Interesse gelegen erscheinen lassen. Die Vertretung des erlaubten Parteiinteresses muß jedoch immer, zumal sie zuweilen die Vertretung des Gegners in derselben Rechtssache erheischt, für den Rechtsbeistand die Straflosigkeit zur Folge haben. Die Richtungsänderung muß strafrechtlich ohne Bedeutung sein. Auch die umstrittene angebliche Organstellung des Rechtsanwalts kann nicht zu einem anderen Ergebnis führen.

Der mißverständliche Eindruck nach aussen kann für die kriminelle Seite nicht entscheidend sein, ganz abgesehen davon, daß auch bei erlaubtem einverständlichen Vorgehen auf Grund gemeinsamen Plans derselbe mißverständliche Eindruck entstehen kann. Ein Aussenstehender kann selten beurteilen, ob der Rechtsbeistand wirklich auf zwei Schultern trägt. Ob und inwieweit ein dem Ansehen des Anwalts unzuträglicher Schein der unerlaubten Doppelvertretung hervorgerufen wird und der Ahndung bedarf, ist ausschließlich Sache des Standesrechts. Ein Abweichen von der Linie des einmal gefaßten Entschlusses kann unter diesen Umständen immer nur standesrechtlich von Bedeutung sein. Die I) so RGSt 71 S. 253 und BGHSt 5 S. 301 (307)

Standespflichten gehen weiter als der strafrechtliche Schutz.

Die Rechtsprechung hat der Einwilligung zum Geheimnisverrat und zur Gebührenüberhebung unrechtsausschliessende Kraft beigelegt, obwohl hier ähnliche Interessen wie im Falle des § 356 berührt werden. Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Einwilligung im Rahmen des § 356 eine andere Behandlung als im Rahmen der §§ 300 und 356 StGB erfahren sollte.

Hat die Einwilligung des Erstauftraggebers innerhalb des § 356 aber unrechtsausschliessende Kraft, so gilt dieses stets, auch für das Ehe-¹⁾ und Strafverfahren²⁾, soweit die Einwilligung nicht schon tatbestandsausschliessend wirkt. Es ist sinnwidrig, die Möglichkeit des Tatbestandsausschlusses in Ehe- und Strafsachen schlechthin mit der Begründung zu verneinen, es handele sich um unverzichtbare Interessen. Wird die Rechtswidrigkeit in Ehe- und Strafsachen bei wirksam erteilter Einwilligung ausgeschlossen, so muß auch die über die Einwilligung hinausgehende gemeinsame Planung und Durchführung eines Prozesses z.B. hinsichtlich der Vertretung einer Ehefrau im Scheidungsprozeß durch den Anwalt, der vorher in derselben Angelegenheit beide Ehepartner gemeinsam oder den Ehemann allein vertreten hat, zum Tatbestandsausschluß führen. Zwar ist die Einwilligung nicht unbedingt ein Minus gegenüber der gemeinsamen Planung und Ausführung, die letzte schließt also nicht unbedingt die Einwilligung in sich ein. Es geht aber nicht an, zwischen verzichtbaren und unverzichtbaren Interessen innerhalb der Tatbestandsmässigkeit zu unterscheiden und damit in das ungenannte Tatbestandsmerkmal des Interessengegensatzes ein dem Tatbestand und dem Wesen des Delikt fremdes Unterscheidungsmerkmal einzuführen. Dieses hätte zur Folge, daß bei gemeinsamer Planung und Durchführung eines Prozesses oder sonstigem Vorhaben in Ehe- und Strafsachen eine Praevarication gegeben wäre, wenn aber der Erstauftraggeber nur die Einwilligung zur Vertretung der Gegenpartei erteilt hätte, Straflosigkeit wegen fehlender Rechtswidrigkeit eintreten müßte. Wenn die Einwilligung stets das Unrecht ausschließt, muß auch ein gemeinsames Vorgehen stets den Interessengegensatz entschwinden lassen und umgekehrt. Hier wie an anderen Stellen zeigt sich, daß nur die klare einheitliche Linie im Deliktsaufbau auch zu klaren einwandfreien Einzelergebnissen führt.

1) entgegen BGH 4 StR 850/51 u. 3 StR 252/52

2) entgegen BGHSt 5 S. 284 (289). Nach richtiger Ansicht liegt hier jedoch kein Interessengegensatz vor, da die gegenseitigen Interessen zulässigerweise beschränkt wurden.

Ist danach die Einwilligung auch im Rahmen des § 356 als Rechtfertigungsgrund anzuerkennen, so ist doch stets sorgfältig zu prüfen, ob im Einzelfall eine rechtswirksame Einwilligung vorliegt, da die Vertretung entgegengesetzter Interessen regelmässig dem Interesse des Erstauftraggebers widerspricht und die Einwilligung deshalb immer die verhältnismässig seltene Ausnahme bleiben wird. Die Möglichkeit der Entstehung von Streitigkeiten über Inhalt, Umfang, Tragweite und Ernstlichkeit der Einwilligung, also Schwierigkeiten bei der Feststellung, ob eine erhebliche Einwilligung im Einzelfall vorliegt, kann die grundsätzliche Frage nach der Rechtswirksamkeit der Einwilligung nicht berühren.

II. Die Voraussetzungen der wirksamen Einwilligung im einzelnen.

Da die Einwilligung nur im Hinblick auf ihre Bedeutung im Rahmen des § 356 zu prüfen ist, geht eine allgemeine Erörterung der Voraussetzungen der rechtswirksamen Einwilligung über den Rahmen dieser Arbeit hinaus. Für die Anwendbarkeit im Bereich des § 356 ist jedoch Folgendes festzustellen:¹⁾ Die Einwilligung muß stets der Erstauftraggeber erteilen, es sei denn, daß der Rechtsbeistand zu Gunsten eines Dritten tätig geworden ist. Der Mandant muß sich des Wesens und der Tragweite der Einwilligung und vor allem auch der tatsächlichen Situation und des Interessengegensatzes bewußt sein. Die erschlichene, erzwungene oder an einem anderen Willensmangel gemäß § 119 BGB leidende Einwilligung ist wie die nicht ernstlich gewollte Einwilligung strafrechtlich unbeachtlich. Dagegen hindert ein Irrtum im Motiv oder eine leichtsinnig erteilte Einwilligung die Rechtswirksamkeit nicht. Ob eine Einwilligung vorliegt, ist nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen festzustellen. Die Einwilligung ist mehr als ein blosses Geschehenlassen oder widerspruchsloses Dulden. In der Bitte oder Aufforderung an den Rechtsbeistand, auch die Vertretung des Gegners in derselben Rechtssache zu übernehmen, ist aber regelmässig die Einwilligung zu erblicken. Die Einwilligung kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen, da sie an keine Form gebunden ist. Jedoch ist dann besondere Sorgfalt geboten, ob in der Handlung mangels ausdrücklicher Erklärung wirklich eine ernsthafte Einwilligung zu erblicken ist.

1) vergl. hierzu Joski "Die Einwilligung des Verletzten", Diss. 1899, Maurach AT § 30, LK Bemerkung 10 c(aa) vor § 51 StGB, Mezger "Strafrecht" AT § 38 II 2.

Die Einwilligung unterliegt als Rechtshandlung nicht den Grundsätzen des BGB.¹⁾ So kann ein Minderjähriger rechtswirksam einwilligen. Die Einwilligung muß in jedem Fall bei Beginn der Beistandsleistung für den Gegner vorliegen und andauern, solange die Interessen des Gegners vertreten werden. Eine nachträgliche Genehmigung hat keine rechtfertigende Kraft. Stellvertretung ist regelmässig ausgeschlossen. Die Einwilligung braucht dem Rechtsbeistand nicht bekannt zu sein; es genügt, daß sie objectiv vorliegt, da sie in dem seelischen Vorgang der Preisgabe des Rechtsschutzwillens zu erblicken ist. Der Übergang zum Gegner ist daher in einem solchen Falle auch dann gerechtfertigt, wenn der Täter glaubt, gegen § 356 zu verstossen.

Das Einverständnis muß regelmässig für den konkreten Fall, für Umfang, Art und Weise der Vertretung des Gegners vorliegen. Jedes Darüberhinausgehen ist nicht mehr durch die Einwilligung gedeckt. Es kann aber sein, daß das Einverständnis im Einzelfall auch dann als erteilt anzusehen ist, wenn der den Umständen nach im Interesse des Erstauftraggebers erforderliche Umfang der Vertretung der Gegenseite im voraus nicht übersehbar ist, dieser nicht übersehbare Teil der Pflichten aber zu denjenigen gehörte, die der Rechtsbeistand im Interesse des Erstauftraggebers übernehmen mußte. Besonders gelagert ist in dieser Hinsicht ein von Alsberg angeführter Fall.²⁾ Ein Anwalt hatte für einen gewissen We. die Ordnung seiner Wechselschulden übernommen und in diesem Zusammenhang auch einen Wechsel des Gläubigers Wa. in Verwahrung genommen. Kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist machte der Anwalt den Wa. auf die von ihm, dem Anwalt, fahrlässig herbeigeführte Verjährungsgefahr aufmerksam. Alsberg ist entgegen dem RG, das diesen Gesichtspunkt übersehen hatte, mit Recht der Ansicht, daß die Beratung hinsichtlich der Verjährungsgefahr in den Rahmen der Verpflichtungen fiel, die der Anwalt der Zweitpartei gegenüber in zulässiger Weise als Treuhänder und Verwahrer des im Interesse und Einverständnis des Erstauftraggebers in Verwahrung genommenen Wechsels des Wa. zu erfüllen hatte. Das für die Beratung gegenüber der Zweitpartei angenommene Einverständnis muß mit Alsberg besonders auch deshalb rechtfertigende Kraft haben, weil Gläubiger und Schuldner hinsichtlich der unstreitig fäl-

1) so die Rechtshandlung- oder Willenstheorie entgegen der Rechtsgeschäfts- oder Erklärungstheorie, die die Regeln für empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte anwenden will.

2) Anm. zu RG in JW 1931 S.1814 Nr. 26

ligen Wechselforderung keinen Interessengegensatz hatten und der Anwalt als Vertrauensperson beider Parteien nur die Aufgabe hatte, die Zahlung der Forderung des Wa. zusammen mit den anderen Verbindlichkeiten des We. nach bestem Können des We. unter Berücksichtigung der Interessen des Wa. zu regeln.

Die Einwilligung kann im Einzelfall als Verstoß gegen die guten Sitten oder die Sozialethik unwirksam sein. Die mutmaßliche Einwilligung hat niemals rechtfertigende Kraft. Nur die erteilte Einwilligung rechtfertigt.

Andere Rechtfertigungsgründe neben der Einwilligung sind im Rahmen des § 356 kaum denkbar. Der BGH¹⁾ hat zwar für möglich erklärt, daß eine anderweitige Berufspflicht dem Verbot der Vertretung entgegengesetzter Interessen vorgehen könnte, ohne jedoch zu sagen, wann dieser Fall gegeben ist. Zwar ist im Falle der Pflichtenkollusion unter Umständen die Offenbarung anvertrauter Geheimnisse gerechtfertigt. Es ist jedoch kaum denkbar, daß die Offenbarung gerade der Gegenpartei gegenüber zur Wahrnehmung eigener anerkannter Rechte erfolgen könnte.

§ 356 und die Standesnorm regeln abschliessend und im wesentlichen übereinstimmend die Pflichten des Rechtsanwalts innerhalb derselben Rechtssache. Ausserhalb dieser Normen dürfte es keine gegenüber der Praevarication anwendbaren Berufspflichten geben. Nichts anderes gilt für den Täterkreis, der keinen Standesnormen unterliegt, da, wie bereits erwähnt, die Standesnorm nur das Gebot enthält, dessen Übertretung § 356 unter Strafe stellt.

6. Abschnitt

Die Schuld insbesondere das Unrechtsbewußtsein mit seiner Kehrseite, dem Verbotsirrtum.

I. Allgemeines

Schuld bedeutet Zurechenbarkeit der tatbestandsmässigen, rechtswidrigen Handlung. Im Mittelpunkt des Schuldbegriffs steht nach der hier vertretenen Schuldtheorie das Unrechtsbewußtsein, dessen Vorhandensein in potentieller Form genügt.²⁾ Der Täter muß die Möglichkeit haben, das Unrechtmässige seiner Tat einzusehen.³⁾ Der Täter muß nach seinen geistigen und sittlichen Kräften, deren gefordertes Maß der Anspannung sich nach den Um-

1) BGHSt 4 S. 80 (83)

2) so Maurach a.T. § 39 I, Kohlrausch-Lange II f zu § 59 StGB

3) so auch Warda a.a.O. S. 33

ständen des Einzelfalles, insbesondere dem Lebens- und Berufskreis des Täters richtet, die Möglichkeit haben, das Unrechtmässige seiner Tat einzusehen. Nicht nur das Gewissen, sondern auch die vorhandenen geistigen Kräfte geben das Urteil darüber ab, ob der Irrtum vermeidbar war. Wird dagegen nur zwischen Irrtum auf ethischer Grundlage und sonstigem Irrtum unterschieden, so kommt es nur auf die Gewissensanspannung an. Entfällt die Möglichkeit der Einsicht in das Unrechtmässige der Tat und damit die Vorwerfbarkeit, so irrte der Täter schuldlos und ist freizusprechen.¹⁾ Vorsatz- und Schuldtheorie kommen in diesem Falle zum gleichen Ergebnis. War dagegen der Irrtum über das Verbotensein der Tat vermeidbar, so kann je nach dem Maß des Verschuldens die Strafe nach den §§ 44, 51 II gemildert werden.^{2) 3)} Bezog sich dagegen der Irrtum auf die Strafbarkeit in Kenntnis des Verbotenseins, so ist der Irrtum unbeachtlich.

An einen Rechtskundigen, der nur als Täter des § 356 in Frage kommt, sind hinsichtlich seiner Gewissensanspannung und Prüfungspflicht strenge Anforderungen zu stellen,⁴⁾ ist er doch durch ein strenges Standesrecht, durch die ständige Beschäftigung mit dem Gesetz als Grundlage von Sitte und Recht gehalten, sich auch der sittlichen Grundlagen seines Tuns und damit der Grenzen des erlaubten Handelns bewußt zu werden. Wer nicht selbst geprüft hat, wird auch durch die zustimmende Äusserung eines Kollegen, der im gleichen Irrtum befangen ist, nicht entlastet.⁵⁾ Indessen können die vorhandenen Zweifelsfragen besonders über die Abgrenzung des Tatbestands- vom Verbotsirrtum, über die Auslegung der normativen Tatbestandsmerkmale nicht auf dem Rücken des möglichen Täterkreises ausgetragen werden. Wenn also ein Täter in einer Zweifelsfrage mit gutem Grund

1) BGHSt 4 S. 80 (86)

2) In der Rechtslehre wird zum Teil, so z.B. durch den LK V 3b die analoge Anwendung des § 44 StGB, auf den der BGH in seinem grundlegenden Beschluß vom 18.3.52 Bezug nimmt, abgelehnt, da die Schuld mit der Milderung wegen Versuchs, d.h. des Steckenbleibens des objectiven Tatbestandes nichts zu tun habe. Es könne nur § 51 II StGB entsprechend angewandt werden. Da die Erschwerung der generellen Fähigkeit, rechtmässig zu handeln, nach § 51 II Vorwerfbarkeit und Strafe mildere, müsse das gleiche gelten, wenn die konkrete Möglichkeit, rechtmässig zu handeln, erschwert wäre. (Welzel "Das deutsche Strafrecht" § 22 3 S. 137 (5. Aufl.))

3) Bei vermeidbarem Verbotsirrtum ist nach der Vorsatztheorie der Vorsatz ausgeschlossen.

4) BGHSt 4 S. 80 (86)

5) so Kalsbach in "Standesrecht" S. 401 f.

einen anderen, in der Wissenschaft oder Rechtsprechung nicht nur vereinzelt vertretenen Standpunkt, wie der BGH einnimmt, kann häufig, auch wenn der Täter von einer besonderen Prüfung oder Erkundigung im Einzelfall abgesehen hat, weil er seinen Standpunkt für unbedingt richtig hielt, Schuldlosigkeit eintreten.¹⁾

Der Verbotsirrtum steht im grundlegenden Gegensatz zum Tatbestandsirrtum. Bei diesem weiß der Täter nicht, was er tut. Er weiß nicht, daß er tatbestandsmässig handelt. Beim Verbotsirrtum kennt der Täter die Merkmale in ihrem sozialen Bedeutungsgehalt, hält aber die Tat aus bestimmten Gründen für erlaubt. Dieser Irrtum bezieht sich auf die Rechtmässigkeit der Tatbestandsverwirklichung.²⁾ Er kann im einzelnen darauf beruhen, daß der Täter die Strafnorm nicht kennt (Rechtsunkenntnis) oder aus irgendeinem Grunde verkennt oder irrtümlich seine Tat im Einzelfall infolge einer Gegenorm für gerechtfertigt hält (Rechtfertigungsirrtum), sei es, daß er irrtümlich das Vorhandensein einer solchen Gegenorm annimmt oder deren Art, Umfang und Grenzen verkennt.³⁾ Als reines Schuld-element läßt dieser Irrtum den Vorsatz unberührt.

Auch der Tatbestandsirrtum ist letzten Endes ein Irrtum über das Erlaubtsein. Da der Irrtum aber auf tatsächlichem Gebiet liegt, will der Täter nicht so handeln, wie er handelt, nämlich tatbestandsmässig. Er beurteilt die konkrete Sachlage falsch. Dieser Irrtum ist daher zunächst auszuklammern. Die Prüfung, ob ein Verbotsirrtum vorliegt, kann erst nach Verneinen des Tatbestandsirrtums einsetzen.

Der Irrtum über einen ausserstrafrechtlichen Begriff, der nach der Rechtsprechung des RG den Vorsatz ausschloß, ist nach der Schuldtheorie nur noch als Verbotsirrtum beachtlich und führt dadurch zu einer erweiterten Anwendung der Strafnorm. Der Umfang des beachtlichen Irrtums ist aber durch die Hereinnahme des Unrechtsbewußtseins in den Vorsatz bzw. Schuldbegriff erheblich erweitert worden.

Schwierigkeiten der Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum sind besonders innerhalb der Rechtsprechung über die Praevarication aufgetaucht. Dieser Straftatbestand hat daher wesentlich dazu beigetragen, die Grundsatzfragen zu dem Gegensatzpaar "Tatbestands- und Verbotsirrtum" zu entwickeln.

1) vergl. BGH 3 Str 23/55 U.v. 2.4.55

2) so BGHSt 5 S. 301 (310)

3) so BGHSt 4 S. 80 (86)

II. Der Verbotsirrtum im Rahmen des § 356 StGB.

Das RG hat als Konsequenz seiner Lehre, daß das Unrechtsbewußtsein weder Bestandteil des subjectiven Tatbestandes noch der Schuld sei, den Irrtum über das Verbotensein stets als unbeachtlichen Strafrechtsirrtum angesehen. Der BGH hat dagegen nach Verkündung des grundlegenden Beschlusses des Grossen Strafsenats vom 18.3.1952 in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt vertreten, daß ein beachtlicher Irrtum über das Verbotensein der Tat im ganzen im Gegensatz zu dem tatsächlichen Irrtum hinsichtlich eines einzelnen Merkmales auch dann vorliege, wenn der Täter ein für den Verbotsgehalt der Strafnorm wesentliches Merkmal in seiner rechtlichen Bedeutung verkenne, die Subsumtion der in ihrer Bedeutung richtig erkannten Tatsachen unter den Straftatbestand, aber infolge Verkennung der Strafnorm zu Unrecht unterlasse. (Subsumtionsirrtum)¹⁾ Dieser Irrtum beruht auf der Unterscheidung der Kenntnis des Tatumstandes und des Rechtsbegriffs.²⁾

Die Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum auch bezüglich des einzelnen Tatbestandsmerkmals ist gerechtfertigt. Der Irrtum über den Rechtsbegriff des einzelnen Merkmals bei Kenntnis des tatbestandsmässigen Handelns unterscheidet sich grundlegend von dem tatsächlichen Irrtum über die Verwirklichung des einzelnen Merkmals und betrifft im Grunde den Inhalt und die Tragweite des rechtlichen Verbots, das Verbotensein der tatbestandsmässigen Handlung.³⁾

Die vom BGH vielfach im Gegensatz zu den Entscheidungen unterer Instanzen aufgestellten Grundsätze über die Abgrenzung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum, zwischen Tatumstand in seinem sozialen Bedeutungsgehalt und in seiner rechtlichen Bedeutung haben viel dazu beigetragen, zu klaren Ergebnissen innerhalb der Irrtumslehre gerade für die Praevarication zu gelangen-

1) so Geppert S. III

2) so BGHSt 7 S. 261 (262 f), Schönke-Schroeder III 3 b zu § 356 nimmt dagegen in allen Fällen, in denen der Täter ein Merkmal des Tatbestandes erkennt, vorsatzausschliessenden Tatbestandsirrtum an. Peters in JZ 1953 S. 211 unterscheidet zwischen dem äusseren und inneren Bedeutungsgehalt eines Merkmals. Nur der Irrtum über den äusseren Bedeutungsgehalt fällt unter § 59 StGB.

3) a.A. Schmidt-Leichner in JW 1953 S. 406, der einen Verbotsirrtum im Gegensatz zum Tatbestandsirrtum erst dann annehmen will, wenn der Irrtum nicht ein einzelnes Tatbestandsmerkmal, sondern das Verbotensein der Tat im ganzen betrifft. Peters a.a.O. stellt es, wie schon erwähnt, für die Irrtumslehre darauf ab, ob das Merkmal ethisch zu erfassen ist oder nicht; nur im ersten Fall kommt ein Verbotsirrtum in Frage.

gen.

Die Erfahrung zeigt, daß ein Verkennen der Verbotsnorm im ganzen selten ist,¹⁾ das Verkennen sich regelmässig nur auf ein einzelnes Tatbestandsmerkmal, überwiegend auf die schwierigen normativen Merkmale bezieht. Der BGH hat sich daher wie beim Tatbestandsirrtum auch innerhalb des Verbotsirrtums besonders mit den Merkmalen des "Interessengegensatzes" und "derselben Rechtssache" auseinandergesetzt. Regelmässig sind diese beiden Begriffe, die, - dies gilt besonders für "dieselbe Rechtssache", - schon vom RG und später vom BGH sehr weit ausgelegt wurden, von dem Täter im Hinblick auf diese weite Auslegung zu eng ausgelegt worden und damit vom Standpunkt des BGH unrichtig subsumiert worden.

So hat der BGH einen Verbotsirrtum angenommen, wenn der Täter nur das vertretbare oder erreichbare Interesse, nicht aber die beiderseitigen Begehren der Prüfung des Interessengegensatzes zugrundegelegt hat,²⁾ desgleichen in einem Falle, in dem der Rechtsbeistand den Ehemann in einem Ehescheidungsprozeß vertreten hatte, nachdem er zuvor die Ehefrau in einer früheren - zurückgezogenen - Scheidungsklage vertreten hatte. Der Rechtsbeistand hatte irrtümlich einen Interessengegensatz verneint, solange nicht Tatsachen des ersten Prozesses - hier der angebliche Wurf mit einem Porzellanteller - in den zweiten Prozeß hineingetragen waren. Der Täter hatte also verkannt, daß schon die wirklichen Prozeßziele - nicht die formalen, die der BGH für ausreichend hält - den Interessengegensatz begründeten und nicht, wie die erste Instanz angenommen hatte, das Vorbringen irgendwelcher für den Prozeß bedeutsamer Tatsachen.³⁾ Ein Subsumtionsirrtum, d.h. die falsche Unterordnung der richtig erkannten Tatsachen unter den gesetzlichen Tatbestand liegt nach Ansicht des BGH⁴⁾ im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht auch dann vor, wenn der Täter glaubte, der Interessengegensatz sei in einem Ehe- oder Strafverfahren wegen des gemein-

1) Dieser liegt z.B. vor, wenn die Norm irrtümlich für verfassungswidrig gehalten wird (vgl. RG in JW 1911 S. 247), unbekannt ist oder in den Tatbestand nicht vorhandene Merkmale hineininterpretiert werden oder nicht existierende Rechtfertigungsgründe angenommen werden. Das RG hielt solche Irrtümer stets für unbeachtlich.

2) so BGHSt 7 S. 17 (22 f) "Der vorgesehene Zwangsvergleich wahrte nach Ansicht des Täters die von Seiten der Konkursgläubiger und der Gemeinschuldnerin erreichbaren Interessen", ebenso Kohlrausch-Lange VIII zu § 356.

3) so BGHSt 9 S. 341 (345)

4) so BGHSt 4 S. 80 (85), 5 S. 301 (309) und 284 (289), ebenso Kohlrausch-Lange VIII zu § 356.

schaftlichen Ziels, z.B. Scheidung aus Alleinverschulden des Ehemannes oder geringer Bestrafung des straffällig Gewordenen ausgeschlossen, da nach Ansicht des BGH nicht die persönliche Auffassung der Beteiligten und ihr Einverständnis, sondern unverzichtbare Interessen ausschlaggebend sind.

Auch die Annahme, der "formale" Prozeßgegner stände nicht im Interessengegensatz zum Kläger, weil dieser wegen der Forderung Rückgriff gegen einen Versicherungsverein nehmen könne, verkennt den Begriff des Interessengegensatzes, der nach Absatz I nicht das Bewußtsein der Nachteilszufügung voraussetzt und ist deshalb ein Verbotsirrtum.¹⁾ Hierher gehört auch die irrtümliche Beschränkung des Parteibegriffs auf den Prozeßgegner.²⁾ Wie es zur Vertretung entgegengesetzter Interessen gekommen ist, ist in diesem Zusammenhang bedeutungslos. Wenn der Bürovorsteher in Unkenntnis eines bereits bestehenden Mandats durch den Anwaltschef das Gegenmandat übernommen hat, muß der Anwalt beide Mandate sofort niederlegen, wenn er von der Übernahme des Gegenmandats erfährt, mithin den Interessengegensatz erkannt hat. Da er dem Gegner bereits gedient hat, würde die Weiterführung des ersten Mandats nunmehr eine vorsätzliche Vertretung entgegengesetzter Interessen sein.³⁾ Die irrtümliche Annahme des Anwalts, er könne wenigstens das erste Mandat beibehalten, oder er sei nunmehr an das versehentlich übernommene zweite Mandat gebunden und müsse das erste Mandat niederlegen, betrifft den Irrtum darüber, daß er durch Dienen gegenüber der einen oder anderen Partei immer entgegengesetzte Interessen vertritt, da er bereits beiden Parteien wenn auch schuldlos, gedient hat. Eventuell könnte der Irrtum auch eine bestehende vorgehende Berufspflicht betreffen. Auf jeden Fall liegt ein Verbotsirrtum vor, da der Irrtum auch ethisch rechtlicher Natur ist.

Ein Subsumtionsirrtum liegt ferner vor bei der irrtümlichen Annahme des Anwalts, auch nach Aufkündigung einer entsprechenden Vereinbarung durch den Ehemann, der Ehefrau weiter dienen zu müssen⁴⁾, oder verpflichtet zu sein, für den Gegner einzutreten, weil diesem nach seiner Überzeugung unrecht geschehen sei.⁵⁾

1) so BGHSt 7/263 - JZ 1955 S. 454 ff mit Anm. Welzel, Geppert S. 116; a. A. Peters a. a. O. mit Rücksicht auf seine grundsätzlich andere Abgrenzung der beachtlichen Irrtümer.

2) so Wolff S. 126

3) vgl. BGHSt 4 S. 80 (87); der BGH spricht jedoch - nicht ganz verständlich - nur von der Niederlegung des zweiten Mandats.

4) so BGHSt a. a. O.

5) vgl. BGH 1 StR 39/55 U. v. 15.11.55.

Sind die normativen Tatbestandsmerkmale des "Interessengegensatzes" und "derselben Rechtssache" objectiv und nicht subjectiv, wie hier angenommen wird, zu bestimmen und wären der "Interessengegensatz" und "dieselbe Rechtssache" nach objectiver, nicht aber nach subjectiver Auffassung gegeben, so würde sich der irrtümliche Glaube, beide Begriffe bestimmten sich nach der subjectiven Auffassung der Beteiligten, der Tatbestand sei daher nicht erfüllt, als Verbotsirrtum darstellen.¹⁾

Auch der Begriff "derselben Rechtssache" wird in der Praxis häufig zu eng ausgelegt und damit rechtlich unzutreffend gewürdigt. Schon der Begriff der "Rechtssache" kann rechtlich verkannt werden, wenn z.B. der Anwalt annimmt, es liege keine "Rechtssache" vor, weil die Beleidigungssache aussergerichtlich erledigt werden solle.²⁾ Ein Verbotsirrtum liegt ferner vor, wenn der Täter den Begriff "derselben Rechtssache" auf den Prozess oder den einzelnen Anspruch beschränkt oder die Identität für einen Strafprozeß und den mit ihm zusammenhängenden zivilrechtlichen Schadensersatzprozeß verneint, weil die im Strafprozeß vertretenen Interessen ganz andere als die im Zivilprozeß seien. Hierher gehört auch der Irrtum, daß dieselbe Rechtssache mit Niederlegung des ersten Mandats, Aufkündigung durch den Mandanten oder dem formellen Abschluß des Verfahrens erledigt sei, obwohl die Rechtsfolgen noch in die Zukunft wirken.³⁾ Auch die Annahme, daß die Ehe nicht als Ganzes, sondern immer nur aus bestimmten Auflösungsgründen anvertraut sei, betrifft "dieselbe Rechtssache" und ist daher Verbotsirrtum.⁴⁾ Ein Verbotsirrtum liegt auch dann vor, wenn der Begriff "derselben Rechtssache" im subjectiven statt objectiven Sinn ausgelegt worden ist, nach subjectiver Auffassung aber im Gegensatz zur objectiven Auffassung nicht "dieselbe Rechtssache" gegeben wäre. Dies kann in Frage kommen, wenn der Täter "dieselbe Rechtssache" wegen Verschiedenartigkeit der Ansprüche oder auch der Personen verneint.⁵⁾

Maurach⁶⁾ bezeichnet die Beurteilung des Subsumtionsirrtums über den Rechtsbegriff der Sachidentität durch Hinweis auf BGHSt 7 S. 23 einerseits und 7 S. 263 andererseits als widerspruchs-

1) so Welzel in JZ 1954 S. 278

2) so Geppert S. 118

3) so BGH 2 StR 180/54 U.v. 8.2.55

4) so BGHSt 9 S. 341 (345)

5) so Welzel JZ 1954 S. 278

6) Bes.T. § 82 VII 2 c.

voll und sieht den Begriff als sehr bestritten an. Weder das eine noch das andere dürfte jedoch zutreffend sein. In BGHSt 7 S. 262 f hat der BGH die grundsätzlichen Unterschiede zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum zusammengestellt und insbesondere zum Ausdruck gebracht, daß bei Wiedererkennen des früheren Auftrags und seines Umfanges im neuen Auftrag ein Verbotsirrtum im Gegensatz zum Irrtum tatsächlicher Art vorliege, wenn der Täter unter "derselben Rechtssache" etwas anderes verstehe. Hiermit steht aber die Entscheidung BGHSt 7 S. 23, die sich übrigens auf den Irrtum über den Interessengegensatz und nicht auf den "derselben Rechtssache" bezieht, nicht im Widerspruch.

Ein solcher Verbotsirrtum ist trotz seiner Einschränkung zugunsten des Tatbestandsirrtums hinsichtlich der normativen Tatbestandsmerkmale nicht selten, kann aber auch bezüglich der übrigen Tatbestandsmerkmale auftreten. So liegt z.B. ein Verbotsirrtum hinsichtlich der Zugehörigkeit zum Täterkreis entgegen Maurach dann vor, wenn der Täter annimmt, ein Anwalts-assessor falle nicht unter § 356.

Die vom BGH erarbeitete theoretische Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum innerhalb eines Tatbestandsmerkmals bereitet jedoch zuweilen noch Schwierigkeiten. So dürfte selbst dem BGH in der Entscheidung vom 26.1.1934³⁾ ein diesbezüglicher Irrtum unterlaufen sein. - Der angeklagte Anwalt hatte es zunächst abgelehnt, für einen gewissen Buhr, zwischen dem und einem gewissen Jung es zu wechselseitigen Beleidigungen gekommen war, tätig zu werden. Da Buhr an einem friedlichen Ausgleich gelegen war, machte der Anwalt ihn auf das Sühneverfahren, in welchem die Angelegenheit beigelegt werden könnte, und auf die Dreimonatsfrist für die Antragstellung aufmerksam und entwarf einen Antrag an das Sühneamt. Später übernahm der Anwalt in der gleichen Beleidigungssache die Vertretung des Jung. Der BGH nahm einen tatsächlichen Irrtum hinsichtlich des Interessengegensatzes an, weil der Anwalt bei seiner Tätigkeit nicht daran gedacht habe, daß er gleichzeitig eine Prozeßvoraussetzung für das Privatklageverfahren des Buhr geschaffen habe.

Selbst wenn der Anwalt nur im Sinne einer vergleichsweisen Regelung tätig sein wollte, so war er aber doch im Interesse des Buhr tätig, von dem er zunächst auch allein einen Auftrag

1) 5 StR 437/53

erhalten hatte. Das Interesse des Buhr richtete sich gegen Jung, worüber der Anwalt nicht im Irrtum war. Mit seiner Tätigkeit diente er dem Buhr. Wenn der Anwalt annahm, daß seine Tätigkeit kein "Dienen" für Buhr sei, so legte er den Begriff "Dienen" falsch aus. Er irrte damit über einen Rechtsbegriff. Der Irrtum ist als Verbotsirrtum zu würdigen.

Häufiger ist ein Verbotsirrtum hinsichtlich der amtlichen Eigenschaft des Täters. Ein solcher liegt vor, wenn der Täter annahm, daß er sich erst nach Zahlung eines Kostenvorschusses¹⁾ bei einer Tätigkeit innerhalb der Bürozeit oder nur entgeltlicher Art²⁾ der Praevarication schuldig machen könne. Hierher gehört auch die irrige Annahme, er dürfe die Ehefrau im Scheidungsprozeß, die sich auf eine Straftat des Ehemannes, den er verteidigt hatte, stützte, vertreten, weil er der Ehefrau als Armenanwalt in Kenntnis des Umstandes, daß er den Ehemann verteidigt hatte, beigeordnet war.³⁾

Erhält der Anwalt von einem Vertreter der Partei als Vertreter ohne Vertretungsmacht einen Auftrag, der später nicht genehmigt wird, so wäre ein Irrtum darüber, daß er während des Schwebezustandes oder nach Nichtgenehmigung zur Gegenseite übergehen könne, ebenfalls als Verbotsirrtum anzusehen.

Gerade in diesen Fällen zeigt sich, daß der Irrtum vom BGH im grösseren Umfange berücksichtigt wird als nach dem RG, welches in diesen Fällen einen unbeachtlichen strafrechtlichen Irrtum annahm.

Der Irrtum über das Merkmal "pflichtwidrig" bedarf keiner besonderen Behandlung, wenn, wie hier angenommen wird, durch dieses Merkmal dem gesetzlichen Tatbestand kein neues Tatbestandsmerkmal, das vom Vorsatz umfaßt sein müßte, hinzugefügt ist. Soweit seine Bedeutung mit dem BGH auf den Interessengegensatz beschränkt wird, ist eine Behandlung des Irrtums bereits erfolgt.

Im Rahmen der Irrtumslehre hat aber der Irrtum über die Rechtserheblichkeit und die tatsächlichen Voraussetzungen der Einwilligung der Erstpartei zur Vertretung der Gegenpartei mithin über einen Rechtfertigungsgrund seine Bedeutung. Allerdings scheint noch immer nicht völlige Klarheit darüber zu herrschen, ob das Einverständnis sich auf das Merkmal der "entgegengesetzten Interessen" bezieht oder als Rechtfertigungsgrund gelten soll. In einem Falle läge ein Irrtum über

1) so Geppert S. 102

2) so Geppert a.a.O.

das Tatbestandsmerkmal der "entgegengesetzten Interessen" dahingehend, daß das Einverständnis den Interessengegensatz beseitigen würde, vor, im anderen Falle über einen Rechtfertigungsgrund. Noch in einer jüngeren Entscheidung des OLG Hamm¹⁾ heißt es: "Hat der Angeklagte sich dagegen lediglich über den gesetzlichen Begriff der entgegengesetzten Interessen geirrt oder geglaubt, infolge des Einverständnisses des früheren Auftraggebers nicht pflichtwidrig zu handeln, so kommt ein Verbotsirrtum in Frage." Gegenübergestellt werden also der Irrtum über den Begriff der "entgegengesetzten Interessen" und der Irrtum über das Einverständnis, das die Pflichtwidrigkeit ausschließt. Nur wenn die Pflichtwidrigkeit der Rechtswidrigkeit gleichzusetzen ist, so bezieht sich der Irrtum über das Einverständnis auf einen Rechtfertigungsgrund.

Liegt die Einwilligung vor, so fehlt es nach der hier vertretenen Auffassung an der Rechtswidrigkeit, nicht an der Tatbestandsmäßigkeit, wie Kohlrausch-Lange²⁾ entgegen BGH St 3 S. 400 (401,403) in einem Falle annimmt, in dem der Rechtsanwalt zunächst die Forderung aus der Lieferung von zwei Radiogeräten gegen den Käufer einzuziehen versuchte und später die Verteidigung des Käufers in einem Strafverfahren wegen Betruges, das sich auch auf die Lieferung der zwei Geräte bezog, im Einverständnis mit dem Verkäufer übernahm. Der BGH nahm Verbotsirrtum an, da das Einverständnis unbeachtlich sei. Nach Kohlrausch-Lange ist wegen des Einverständnisses der Interessengegensatz weggefallen. Dieser ist aber nur dann nicht gegeben, wenn der Anwalt von vornherein im gemeinsamen Einvernehmen beider Beteiligten sowohl die Forderung einziehen als auch die Verteidigung übernehmen sollte. Im vorliegenden Fall kommt daher nur Ausschluss der Rechtswidrigkeit in Frage.

Über die Frage der Behandlung des Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund gehen die Ansichten auseinander.³⁾ Die Vertreter der strengen Schuldtheorie, wie z.B. Maurach,⁴⁾ Welzel⁵⁾, Hartung⁶⁾, Heizer⁷⁾ und andere fordern die strenge Scheidung zwischen Tatbestands- und Verbotsirrtum. Für sie ist § 59 StGB nur auf den reinen Tatbestandsirrtum anzuwenden, während der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund oder Tatverantwortungs-

1) in NJW 1955 S. 804

2) VIII zu § 356

3) s.S. 218 ff

4) A.T. § 39 I E 2 a

5) "Das neue Bild des Strafrechtssystems" 1951 S.51

6) in NJW 1951 S. 212

7) in NJW 1953 S. 210

ausschliessungsgrund, sei er tatsächlicher oder rechtlicher Art, stets Verbotsirrtum ist und den Vorsatz unberührt läßt. Maurach¹⁾ sieht in der Unterstellung des tatsächlichen Irrtums über einen Rechtfertigungsgrund bei der Unmöglichkeit der Scheidung zwischen Tatsächlichem und Rechtlichem eine verhängnisvolle Rückkehr zu der früheren Rechtsprechung des RG und eine Wiedererweckung der negativen Tatbestandsmerkmale. Verbotsirrtum ist nach ihm jeder Irrtum über die Rechtswidrigkeit einer vom Täter als tatbestandsmässig erkannten Handlung gleichgültig, ob der Irrtum auf Verkennung von Tatsachen oder Rechtsbegriffen beruht.

Die nach dem BGH nicht den Vorsatz ausschliessende Annahme des Täters, das Einverständnis des Erstauftraggebers schliesse die Pflicht (Rechts-)widrigkeit aus, ist ein Verbotsirrtum.²⁾ Das gleiche gilt, wenn der Täter die Grenzen der rechtserheblichen Einwilligung verkennt oder zu dem Irrtum über das Verbotensein noch ein weiterer Irrtum, nämlich über die erteilte Einwilligung, hinzukommt,³⁾ oder schließlich, wenn er sich über die rechtliche Natur des Interessengegensatzes irrte, indem er annimmt, daß die Einwilligung des Erstauftraggebers den Interessengegensatz beseitige. Allerdings hat der letztgenannte Irrtum nach der hier vertretenen Auffassung keine praktische Bedeutung, da die Einwilligung die Rechtswidrigkeit ausschließt.

Es zeigt sich hier, daß der Verbotsirrtum weitergeht als der Rechtsirrtum nach dem RG, weil er auch den früher unbeachtlichen Strafrechtsirrtum mitumfaßt. Die irrtümliche Annahme eines nicht vorhandenen oder für eine Strafnorm wie des § 356 nicht anwendbaren Rechtfertigungsgrundes war nach der Rechtsprechung des RG unbeachtlich, während sie im Rahmen der Schuldtheorie zu einer Strafmilderung, unter Umständen sogar zu einem gänzlichen Strafausschluß führen kann.

7. Abschnitt

Einheit und Mehrheit des Delikts.

Als schlichtes Tätigkeitsdelikt erfüllt - wie bereits erwähnt - der geringste Dienst für den Gegner in derselben Rechtssache den Praevaricationstatbestand. Die über die erste Praevarications-

1) A.T. § 39 I E 2 a

2) so BGHSt 3 S. 400 (403), 5 S. 301 (311) und S. 284, 4 StR 616/54 U.v. 10.3.55

3) so Welzel "Das Deutsche Strafrecht" § 22 3a, § 75 VI 3 und JZ 54, S. 278.

handlung hinaus weiter vorgesehene Tätigkeit für den Gegner bildet mit dem ersten Dienen zusammen eine natürliche Handlungseinheit.¹⁾ Die spätere Tätigkeit bildet selbst dann mit der früheren eine Handlungseinheit, wenn sie Tätigkeiten in derselben Rechtssache umfaßt, die zunächst nicht vorgesehen waren. Die willentliche Zwecksetzung, die nach Welzel neben der rechtlich-sozialen Beurteilung die Einheit der strafrechtlichen Handlung begründet, liegt auch hier vor. Zweck ist der Dienst für den Gegner in einer bestimmten Rechtssache. Dieser Zweck wird erfüllt ohne Rücksicht auf den Umfang des Dienstes.

Falls der Rechtsbeistand einem Gegner über einen längeren Zeitraum in derselben Rechtssache dienen will, wird er oftmals im voraus nicht wissen, welche Dienste für den Gegner in Frage kommen, weil sich dies erst im Laufe der Zeit aus dem Ablauf der Angelegenheit ergibt. Die natürliche Handlungseinheit wird aber auch dann innerhalb derselben Rechtssache zu bejahen sein, wenn der Rechtsbeistand dem Gegner zunächst nur in einem bestimmten Umfang dienen wollte und sich dann von selbst entschließt, die Dienste noch zu erweitern.²⁾ Eine Mehrheit der Tatbestandsverwirklichung ist lediglich dann anzunehmen, wenn der Rechtsbeistand, sei es auf Einwirkung des Gegners oder eines Dritten, um weitere Dienste für den Gegner ersucht wird und sich daraufhin neu entschließt, für den Gegner in derselben Rechtssache weiter tätig zu werden.³⁾

Eine fortgesetzte Handlung, die im Rahmen des § 356 zwar möglich ist, jedoch selten sein wird, kommt nur in Frage, wenn ausserhalb des Rahmens der natürlichen Handlungseinheit der Täter auf Grund eines Gesamtvorsatzes dem Gegner in mehreren Rechtssachen oder mehreren Gegnern innerhalb derselben Rechtssache dienen will.

Liegt kein Fortsetzungszusammenhang vor, so kann der Rechtsbeistand innerhalb derselben Rechtssache den Tatbestand des § 356 so oft verwirklichen, wie ein völlig neuer Entschluß auf Grund äusseren Antriebs gefaßt wird und andere Parteien vorhanden sind.⁴⁾

1) Es handelt sich um unmittelbar zusammenhängende vom Tatbestand her gesehen gleichartige Tätigkeitsakte, vergl. Welzel "Das Deutsche Strafrecht" § 28 I und II 1-3

2) So Rothardt S. 46. Früh S. 153 spricht in diesem Falle nicht ganz eindeutig von einer juristischen Reinheit nach den Grundsätzen des fortgesetzten Delikts. Wolff S. 117 betont, daß mehrere Praevaricationshandlungen in derselben Rechtssache zwischen denselben Personen auch ohne Fortsetzungszusammenhang nur ein Delikt sind

3) so auch Geppert S. 127

Aber auch zwischen denselben Parteien kann eine Praevarication mehrfach begangen werden, dann nämlich, wenn der Rechtsbeistand, nachdem er dem Gegner gedient hat oder während er ihm dient, erneut innerhalb derselben Rechtssache der Erstpartei Dienste leistet, ohne daß diese von dem Dienst an den Gegner etwas weiß.¹⁾ Die Tatsache, daß der Rechtsbeistand sich dem Gegner gegenüber nicht rechtlich wirksam binden konnte, schließt das erneute Dienen für die Erstpartei nunmehr zum Nachteil für die Zweitpartei nicht aus.

8. Abschnitt

Der Versuch des § 356 II StGB.

Die Frage der Strafbarkeit des Versuchs erhebt sich nur im Rahmen des § 356 II, da der Versuch des Vergehens nach Absatz I nicht unter Strafe gestellt ist. Weil der Erfolg zugleich mit der Handlung herbeigeführt wird, verneinen einige Autoren²⁾ die Möglichkeit des Versuchs. Richtiger Ansicht nach dürfte aber ein Versuch gegeben sein, wenn für den Dienst am Gegner ausser der eigenen auch die Mitwirkung dritter Personen oder Anstalten vorgesehen ist, diese Mitwirkung jedoch entweder unterbleibt oder nicht in der vorgesehenen Form erfolgt. Wenn z.B. der Täter dem Gegner in derselben Rechtssache anvertraute Geheimnisse offenbaren will, die Post oder der Bote den Brief mit den anvertrauten Geheimnissen, den sie übermitteln sollen, aus irgendeinem Grunde nicht an den Gegner gelangen lassen, liegt ein Versuch vor.³⁾ Dasselbe gilt, wenn der Rechtsanwalt seinem Bürovorsteher oder einem Angestellten einen Brief mit anvertrauten Geheimnissen für den Gegner diktiert, dieser aber den Brief nicht abschickt.

Damit ist auch die Frage nach der Abgrenzung zwischen der Versuchs- und Vorbereitungshandlung gestellt. Beginnt der Versuch erst, wenn der Täter alles Erforderliche getan hat, um den Gegner die beabsichtigten Dienste zukommen zu lassen und die Zuleitung der Dienste lediglich aus einem nicht in seiner Person gelegenen Umstand unterbleibt oder beginnt die Versuchshandlung

4) vgl. Rothardt S. 40. Das RG betont in HR 1938 Nr. 1214 grundsätzlich, daß ein Anwalt einem Gegner in derselben Rechtssache mehrfach pflichtwidrig dienen könne, ebenso Kohlrausch-Lange VI zu § 356.

1) vgl. EGH 1926 S. 229, 1929 S. 85.87, so allem Anschein nach auch BGH I StR 39/55 U.v. 15.11.55 vergl. auch S. 111 f

2) so Ebner S. 64, Rothardt S. 43

3) so Becker S. 42, Edelmann S. 68, Früh S. 148, Gnodtke S. 48, a.A. Meves in HH III S. 1016, der bereits Vollendung annimmt.

schon, wenn der Täter eine Handlung vornimmt, die nach Ansicht des Täters unmittelbar wenn auch mit (technischer) Hilfe Dritter das Dienen für den Gegner herbeiführen soll? Das Letzte ist anzunehmen. Wenn also der Täter den für den Gegner bestimmten Brief diktiert oder seinem Bürovorsteher den Auftrag gibt, den Gegner anzurufen, um ihm Geheimnisse mitzuteilen, und es kommt aus irgendeinem Grunde ausserhalb der Person des Täters nicht zur Absendung des Briefes oder zu dem Telefonanruf, so liegt ein Versuch vor.¹⁾ Ein Versuch ist auch anzunehmen, wenn der Täter, nachdem er das Einverständnis des Gegners zu der Praevationshandlung eingeholt hat, diesem aus irgendeinem Grunde z.B. wegen Krankheit den vorgesehenen Dienst nicht erweisen kann.²⁾ Eine Vollendung wäre erst gegeben, wenn der Brief in die Hand der Gegenpartei gelangt wäre. Solange der Täter nur überlegt, wie er dem Gegner dienen kann, dies mit anderen bespricht oder Handlungen vornimmt, die erst im Zusammenhang mit weiteren Handlungen seinerseits dem Gegner nützlich sein können, z.B. durch Heraussuchen von Urkunden, von denen Abschriften hergestellt und dem Gegner zugeleitet werden sollen, so ist eine straflose Vorbereitungshandlung anzunehmen.³⁾ Nimmt der Gegner die für ihn bestimmten Urkunden, die ihm nützen sollen, nicht an oder schickt er sie unbenutzt zurück, weil er sich nachträglich überlegt, daß er mit dem Rechtsbeistand seines Gegners doch nichts zu tun haben wolle oder erweist sich die Mitteilung als unschädlich für die Erstpartei,⁴⁾ so liegt Vollendung vor, weil zum Dienen der schädigende Erfolg nicht erforderlich ist.⁵⁾ Versuch wäre nur dann anzunehmen, wenn der Nachteileintritt zur Deliktsvollendung des Absatz II gehören würde.

Das Delikt des Absatz II ist zwar kein zweiaktiges Delikt⁶⁾ im strengen Sinne. Doch gehören die Bemühungen des Täters zur Erlangung des Einverständnisses zur Ausführungshandlung, so daß die vergeblichen Bemühungen einen Anfang der Ausführung dar-

1) a.A. BGH 3 StR 73/55 U.v. 12.5.55, der ein Schreiben (an die Staatsanwaltschaft) vor Absendung nur als Vorbereitungshandlung ansieht.

2) so Wolff S. 117

3) Gnodtke S. 48 nimmt Versuch an, wenn die Abschrift der Urkunde, die dem Gegner zugeleitet werden sollte, beim Versuch der Herstellung zerstört wurde und deshalb die Übersendung unterblieb. - Die Abfassung des den Geheimnisverrat bildenden Briefes ist vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit dem Dienst für die Gegenpartei bereits ein Anfang der Ausführung. Die freiwillige Nichtabsendung kann nur als Rücktritt vom Versuch straflos sein.

4) so Wolff S. 117

5) so Früh S. 148 in einem ähnlichen Fall

6) a.A. Wolff S. 117

stellen.¹⁾

Nach dem RG gehören auch die Fälle des Mangels am Tatbestand in den Versuchsbereich.²⁾ Nimmt z.B. der Täter irrtümlich an, daß der Gegner einverstanden sei und ist im übrigen der Tatbestand des § 356 in objectiver und subjectiver Hinsicht erfüllt, so ist ein Versuch gegeben.³⁾ Der Mangel kann sich auf jedes objective Tatbestandsmerkmal, nicht nur auf die Einverständniserklärung beziehen.⁴⁾

9. Abschnitt

Teilnehmer des § 356 StGB

Das Delikt des § 356 kann in Mit- oder Nebentäterschaft begangen werden, jedoch nur von solchen Personen, die auch als Einzeltäter in Frage kommen. Das bewußte und gewollte Zusammenwirken - Mittäterschaft - wird bei Sozietät eventuell Bürogemeinschaft und bei Vertretung eines Mandanten durch mehrere Rechtsbeistände in Frage kommen. Das RG läßt es genügen, wenn einer der Mittäter nur eine Vorbereitungshandlung, z.B. die geistige Vorarbeit für den Dienst am Gegner leistet, sofern er nur den animus auctoris hat.⁵⁾ Es kommt danach auf die Art der Mitwirkung nicht an. Die Vertreter der objectiven Theorie legen im Gegensatz zum RG den § 47 StGB so aus, daß beide Mittäter sich an der Ausführungshandlung beteiligen müssen. Möglich ist aber, daß nur einer der Mittäter im Einverständnis mit der Gegenpartei handelt und der nur mit einer Vorbereitungshandlung beteiligte Mittäter von dem Einverständnis der Gegenpartei nichts weiß. Die Bestrafung des einen erfolgt dann aus Absatz I. des anderen aus Absatz II.⁶⁾ Mittäterschaft kann auch dann vorliegen, wenn beide Mittäter nacheinander handeln.

Nebentäterschaft kommt in Frage, wenn mehrere Rechtsbeistände gleichzeitig oder nacheinander in derselben Rechtssache dem Gegner ohne bewußtes und gewolltes Zusammenwirken dienen.

Der Charakter des § 356 als Sonderdelikt beschränkt nur den Täterkreis, grundsätzlich aber nicht den Kreis der möglichen Anstifter und Gehilfen.⁷⁾ Allerdings fragt sich, ob eine Bestrafung der anderen Partei als Anstifter oder Gehilfe nicht

1) so Rothardt S. 43, Weimar S. 54

2) so Früh S. 149

3) so Geppert S. 121

4) so Olshausen Anm. 7 zu § 356, Geppert S. 126, Gnodtke S. 41, Rothardt S. 43

5) so Weimar S. 55

6) so Früh S. 150, Ebner S. 65, Edelmann S. 69, Fries S. 61

7) so Ebner S. 35, Gnodtke S. 51, Weimar S. 55

deshalb ausscheidet, weil das Delikt des Absatz II nicht ohne die Beteiligung - Einverständniserklärung - der Gegenpartei verwirklicht werden kann. Die Verwirklichung des Straftatbestandes setzt also begrifflich die bewußte irgendwie geartete Mitwirkung einer anderen Person als des Täters zur Deliktsausführung zwangsweise voraus.¹⁾

Die Einverständniserklärung der Gegenpartei vollzieht sich in der Regel in der Form der Anstiftung oder Beihilfe. Da das Gesetz nur die Bestrafung des Rechtsbeistandes, nicht aber der sich beteiligenden Gegenpartei vorsieht, ist ihre Bestrafung nach dem Grundsatz der notwendigen Teilnahme ausgeschlossen.²⁾ Wenn aber die Tätigkeit der Gegenpartei über das notwendige Maß hinausgeht, z.B. durch aktive Einwirkung auf den Rechtsbeistand, durch Anerbieten einer besonders hohen Vergütung oder anderer Vorteile oder schließlich durch Anwendung besonderer Mittel, um den Rechtsbeistand zum Verrat zu bewegen, ist eine Bestrafung nach den §§ 47, 48, 356 StGB geboten.³⁾ Die erfolglose Anstiftung zu dem Verbrechen des § 356 II ist nach § 49a I StGB strafbar.

Abgesehen von der Gegenpartei kommen als Gehilfen für das Delikt nach I und II in erster Linie die Mitarbeiter und Angestellten eines Rechtsbeistandes aber auch ein anderer Rechtsbeistand in Frage.⁴⁾ Allerdings könnten sich nur solche Mitarbeiter und Angestellte der Teilnahme schuldig machen, die nicht nur als eine Art Werkzeug innerhalb des Büros tätig sind, d.h. eine völlig unselbständige und untergeordnete Tätigkeit nach genauen Anweisungen verrichten, wie z.B. die reinen Schreibkräfte und Lehrlinge. Etwas anderes müßte dann gelten, wenn die Schreibkraft oder der Lehrling im Einzelfall auf eigene Initiative tätig wird. Die Beihilfe kann auch in der Form geleistet werden, daß der Angestellte oder Mitarbeiter den eigentlich strafbaren Teil des Tatbestandes, die Einholung des Einverständnisses und den Dienst gegenüber der Gegenpartei

1) so Weimar S. 56 ;

2) so RGSt 71 S. 114 mit ausführlicher Begründung - JW 1937 S. 1810, Becker S. 42, Fries S. 59, Geppert S. 127, Gnodtke S. 51, Weimar S. 56

3) so Kohlrausch-Lange V zu § 356, Schwarz Anm. 5 zu § 356, Maurach Bes.T. § 82 VII 3, Welzel "Das Deutsche Strafrecht" § 75 IV 5, Weimar S. 56; a.A. hinsichtlich der Anstiftung Binding II 2 S. 583, Neumeyer "Vergl. Darst." IX S. 508 Note 2, Wolff S. 115, letzter auch hinsichtlich der Beihilfe. Wolff nimmt ein Recht der Selbstbegünstigung an ähnlich dem Rechtfertigungsgedanken des § 193 StGB.

4) so Fries S. 61, Früh S. 151 f, Rothardt S. 44 f

vollzieht. Wenn dies mit Wissen und Willen des Rechtsbeistandes auch ohne Einflußnahme auf den handelnden Angestellten oder Mitarbeiter geschieht, der nur mit dem animus socii handelt, so muß er sich dessen Tätigkeit nach den Grundsätzen der mittelbaren Täterschaft zurechnen lassen, was die Bestrafung des Angestellten wegen Beihilfe nicht ausschließt.¹⁾ Beihilfe durch Unterlassung ist aber aus denselben Gründen, wie sie für die Täterschaft gelten, abzulehnen.

Für die Anstiftung gilt sinngemäß dasselbe wie für die Beihilfe. Stiftet der Rechtsbeistand seinen Angestellten oder Mitarbeiter an, der Gegenpartei zu dienen, so scheidet letzter als Täter aus. Beim Rechtsbeistand wird aber regelmässig der animus auctoris, der nach Art der mittelbaren Täterschaft verwirklicht werden soll, vorliegen.²⁾

10. Abschnitt

Konkurrenzen mit anderen Strafnormen

Wenn § 356 als Sonderdelikt auch nur von einem bestimmten Personenkreis begangen werden kann, so schließt dies nicht aus, daß der besondere Personenkreis zugleich mit dem Tatbestand des § 356 den einer anderen Strafnorm verwirklicht. Einige Autoren wie Wolff³⁾ und Neumeyer⁴⁾, die in Absatz II einen gegenüber Absatz I selbständigen Tatbestand erblicken, halten sogar zwischen Absatz I und II eine Idealkonkurrenz für möglich. Richtiger Ansicht nach liegt jedoch Gesetzeskonkurrenz in Form der Spezialität vor.⁵⁾

Der Hauptfall einer mit § 356 ideal konkurrierenden Strafnorm ist der des § 300 StGB (Geheimnisverrat). Aus der häufigen gemeinsamen Verwirklichung beider Deliktstatbestände entnahm sogar ein Mann wie Alsberg in Übereinstimmung mit geschichtlichen Vorbildern, daß die Geheimnisverwertung für den Parteiverrat kennzeichnend sei.⁶⁾

Das Verhältnis des § 356 zu § 266 Fall 2 StGB ist bestritten. Das RG⁷⁾ hat sich im Jahre 1934 auf den Standpunkt gestellt, daß § 356 das speziellere Delikt sei, soweit Bereicherungs- und Benachteiligungsabsicht vorliege. Dieses dürfte jedoch nicht zutreffen.⁸⁾ § 266 Fall 2 StGB ist ein Vermögens-

1) so Ebner S. 66

2) vgl. Edelmann S. 69 f

3) S. 116

4) "Vergl. Darst." IX S. 508, Fußnote 2

5) so Ebner S. 66 f, Früh S. 154, Gnodtke S. 52

6) s. S. und Anm. zu RG in JW 1926 S. 1571

7) in JW 1934 S. 428 (430)

8) so auch Ebner S. 67, Früh S. 155, Gnodtke S. 53, Wolff S. 117

delikt. Die Benachteiligungsabsicht des § 356 braucht sich aber nicht auf Vermögensnachteile zu erstrecken. Der Nachteilseintritt wird für § 356 im Gegensatz zu § 266 auch nicht gefordert. Der Nachdruck liegt im Falle des § 356 II auf dem einverständlichen Handeln, einem Merkmal, das dem § 266 StGB wesensfremd ist. Die Möglichkeit der Idealkonkurrenz mit § 266 StGB ist daher zu bejahen.¹⁾

Idealkonkurrenz ist weiter möglich mit § 133 StGB (Gewahrsamsbruch), § 137 StGB (Pfandentstrickung) § 164 StGB (falsche Anschuldigung), § 246 StGB (Unterschlagung), §§ 267 ff (Urkundendelikte)²⁾. Einige Autoren nehmen auch die Möglichkeit der Idealkonkurrenz mit Betrug, Unternehmen der Meineidsanstiftung und Verletzung von Falscheid an. Eine Täuschungshandlung gegenüber der eigenen Partei, z.B. um diese zum Abschluß eines ungünstigen Vergleichs zu veranlassen und dem Gegner damit einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Unternehmen der Meineidsanstiftung oder der Verleitung der eigenen Partei zum Meineid, ist aber noch kein Dienen für die Gegenpartei.³⁾

Im Falle der idealkonkurrierenden Strafnormen kommt das Gesetz mit der schwersten Strafandrohung zur Anwendung, bei gleicher Straftat das höhere Strafmaß. Früh⁴⁾ hat im einzelnen untersucht, welches der konkurrierenden Gesetze jeweils zur Anwendung kommt. Seinen Ausführungen, auf die Bezug genommen wird, ist nichts hinzuzufügen.

11. Abschnitt

Das Strafmaß.

Die Mindeststrafe nach Absatz I beträgt 3 Monate Gefängnis, die Höchststrafe im Falle des Absatz II 5 Jahre Zuchthaus. Daneben tritt im Falle des Absatz II nach § 32 StGB der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und nach § 31 StGB die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter, worunter auch die Anwaltschaft und das Notariat fallen.

Infolge des Strafmahns ist die Umwandlung der Gefängnisstrafe in eine Geldstrafe gemäß § 27 b StGB ausgeschlossen. Durch die Einführung des Verbotsirrtums als Gegenstück zum Tatbestandsirrtum ist bei milderer Schuld in analoger Anwendung des § 51 II StGB die Möglichkeit gegeben, unter die gesetzliche Mindeststrafe nach Versuchsgrundsätzen herunterzugehen und damit auch anstelle der Gefängnis- eine Geldstrafe treten zu lassen. Damit

1) so Früh S. 134, Gnodtke S. 54

2) so Früh S. 154, Gnodtke S. 54, Riffel S. 62

3) a.A. Früh S. 144, Gnodtke S. 54, Riffel S. 62

4) S. 154, vergl. auch Weimar S. 58

werden in Irrtumsfällen Härten ausgeglichen, die besonders da hervortraten, wo es sich nur um einen Verstoß gegen die Gradlinigkeit in der Rechtspflege, nicht aber gegen die Treupflicht handelt. Der ausschliessliche Verstoss gegen die Gradlinigkeit hat aber nach Ansicht vieler Juristen keinen eigentlich kriminellen Charakter. Wo aber ein minder schuldhafter Verbotsirrtum ausscheidet, ist noch immer die Mindeststrafe von 3 Monaten Gefängnis zu verhängen. Daß diese dem wirklichen Schuldgehalt nicht immer gerecht wird, dürfte schon daraus hervorgehen, daß in vielen Fällen nur die Mindeststrafe ausgesprochen wurde.

12. Abschnitt

Ausblick auf die künftige Gestaltung des § 356 StGB.

Die verschiedenen Entwürfe für ein neues Strafgesetzbuch seit 1909 zeigen hinsichtlich der Praevarication ein ganz verschiedenes Gesicht. Selbst in Anwaltskreisen ist über die Notwendigkeit der Beibehaltung und Ausgestaltung des Delikts keine einheitliche Auffassung zu erzielen. Nicht einmal die dritte Unterkommision der Grossen Strafrechtskommission hat auf ihrer Regensburger Tagung vom 8. - 13.4.1957 eine völlige Einigung hinsichtlich des geschützten Rechtsgutes, erreichen können. Sie hat im übrigen mit Mehrheitsbeschluß die Einordnung unter die Delikte "Gefährdung der Rechtspflege", Regelung des Umfanges des Täterkreises, Fortfall des Parteibegriffs, Rechtserheblichkeit der Einwilligung des Erstauftraggebers, den Wegfall des Absatz II und der Mindeststrafe vorgeschlagen, Punkte, die Gegenstand eingehender Ausführungen de lege lata gewesen sind und deren künftige Gestaltung bis in die jüngste Vergangenheit sehr umstritten war. Eine völlige Einigung auch mit den besonders interessierten Anwaltskreisen dürfte nach den bisherigen Erfahrungen im Grundsätzlichen und bei der Ausgestaltung dieses schwierigen Tatbestandes auch in Zukunft auf Schwierigkeiten stossen.

Lebenslauf.

Ich wurde am 14. Mai 1910 zu Bremen als Sohn des Tabak-Kaufmanns Heinrich Münch geboren. Nach 3-jährigem Besuch einer Vorschule und anschliessendem 9-jährigen Besuch eines Gymnasiums zu Bremen studierte ich in Freiburg im Breisgau, Paris und Münster die Rechtswissenschaften. Am 14. September 1933 legte ich vor dem Oberlandesgericht in Hamm die 1. Juristische Staatsprüfung mit "befriedigend" ab. Den praktischen Ausbildungsdienst als Gerichtsreferendar absolvierte ich in meiner Heimatstadt Bremen. Am 11. Juli 1938 legte ich die 2. Juristische Staatsprüfung mit "ausreichend" ab.

Vom Herbst 1938 arbeitete ich als Probe- und Anwalts-Assessor in Bremen. Ende August 1939 wurde ich zur Kriegsmarine eingezogen, im Spätsommer 1945 aus der Kriegsgefangenschaft entlassen. Ende Januar 1944 war ich bereits als Rechtsanwalt bei den Bremer Gerichten zugelassen. Im Mai 1949 wurde ich zum Notar ernannt.

Verheiratet bin ich seit dem 17. August 1949. Aus meiner Ehe sind 3 Kinder hervorgegangen.

Bremen, den 27. Oktober 1958.

